



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Máster

La Garantía Institucional del Matrimonio en la Constitución peruana de 1993

Autor

Daniel Leonardo Ugarte Mostajo

Director

Dr. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

Facultad de Derecho
2012

**LA GARANTIA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO EN LA
CONSTITUCION PERUANA DE 1993**

INTRODUCCION

En un escenario de grandes transformaciones sociales y jurídicas en torno a la familia y el matrimonio, el presente trabajo está referido a un tema sumamente puntual, pero que consideramos de singular relevancia y actualidad: el denominado “matrimonio” homosexual o entre personas del mismo sexo.

Como el lector podrá advertir del título, este no es un trabajo en el que se pretenda realizar un estudio pormenorizado del estado de la cuestión en el Derecho comparado; como tampoco es nuestra intención dar cuenta aquí de las diversas posturas a favor y en contra de la “apertura” de la institución del matrimonio para que puedan contraerlo – entre sí– personas del mismo sexo; aunque ciertamente, en más de una oportunidad, varios de los argumentos empleados por los abanderados de dichas posturas se hagan presentes en el discurso.

El objetivo de este trabajo es claramente otro: Determinar la estructura subjetiva del matrimonio implícita en el artículo 4º de la Constitución peruana de 1993, para, en base a dicha estructura, sostener la constitucionalidad o no de una eventual propuesta legislativa destinada a ampliar la institución del matrimonio para que puedan contraerlo parejas del mismo sexo.

Si la estructura subjetiva del matrimonio en la Constitución peruana vigente es sexualmente neutra o indiferente, habría que concluir afirmando la constitucionalidad de una eventual reforma del Código civil destinada a ampliar la institución matrimonial para que puedan acceder a ella parejas del mismo sexo. Sin embargo, si en la Constitución peruana de 1993 la estructura subjetiva del matrimonio es necesariamente heterosexual, la única conclusión posible sería la inconstitucionalidad de tal eventual propuesta legislativa.

En tal sentido, en el presente trabajo intentamos dar respuesta a la siguiente interrogante general sobre la estructura subjetiva del matrimonio: *¿la estructura subjetiva del matrimonio es necesariamente heterosexual o, por el contrario, la*

diferencia –o identidad– de sexos es irrelevante en dicha estructura?. Como consecuencia de ello, intentamos también dar respuesta a las no menos importantes cuestiones sobre la constitucionalidad o no de una eventual reforma del Código civil peruano que pretenda “ampliar” la institución del matrimonio civil para que puedan contraerlo parejas del mismo sexo: *¿sería constitucional una reforma legislativa destinada a incorporar en el Perú el matrimonio homosexual?.* Más aún, *¿es constitucional el texto vigente del artículo 234° del Código civil que define al matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, haciendo de la heterosexualidad un presupuesto del matrimonio civil y dejando fuera de la institución a las parejas del mismo sexo?.*

Para dar respuesta a las interrogantes formuladas, partimos de la convicción de que el problema planteado, al estar estrechamente vinculado con la dignidad inherente a la persona humana, sólo puede ser abordado de manera integral si es que el jurista, en su labor de determinación de lo justo –y de lo injusto– en los casos concretos (reales o hipotéticos) sometidos a su consideración, tiene presentes los distintos niveles del conocimiento jurídico.

En este sentido, es preciso recordar que al conocimiento jurídico se accede a través de tres niveles: el fundamental¹, el científico² y el técnico (que a su vez se divide en casuístico y prudencial)³, todos los cuales son necesarios e imprescindibles para que el

¹ El primer nivel o nivel fundamental está referido al nivel ontológico y metafísico del Derecho, “contempla la realidad jurídica como inherente al hombre y a la sociedad en virtud de su naturaleza y sus caracteres naturales, siempre conforme al objeto formal del saber jurídico. Se constituye formalmente en un grado típico del saber jurídico, distinto de los demás, porque se mueve en un plano de abstracción más alto (metaempírico) y, consecuentemente, conceptualiza, define y enuncia de modo propio y distinto”. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona: Eunsu, 2000, p. 596. En este nivel es posible ubicar al derecho natural, lo cual merece especial consideración si es que en realidad se quiere comprender el sentido y alcances de la calificación del matrimonio en la Constitución de 1993, como instituto natural y fundamental sociedad.

² El segundo nivel –en línea descendente– es el del nivel científico. Este nivel, también denominado nivel de la ciencia del derecho, está referido a un conocimiento fenoménico; “por tratarse de una ciencia, se pregunta por las causas, pero no se dirige a la captación de la causas íntimas, que explican en su integridad la realidad jurídica (estas causas íntimas son objeto del primer nivel expuesto), sino tan sólo las causas próximas y aparentes”. *Ibidem*, p. 597. Estas causas aparentes, captables empíricamente, son la legislación, la jurisprudencia, la costumbre jurídica y la doctrina.

³ Por último, el tercer nivel es el propio de la técnica que, como dijimos, puede ser subdividido en el nivel del casuismo jurídico, que “se propone sintetizar conclusiones derivadas de los niveles anteriores para resolver posibles casos (ya ocurridos o que pueden ocurrir) con todas aquellas circunstancias que los configuran como singulares”; y en el nivel prudencial, que comparte la naturaleza de ser nivel de

jurista pueda desempeñarse cabalmente en la tarea que le es propia: como dijimos, aquella consistente en determinar –o ayudar a determinar– lo justo –y lo injusto– en los casos concretos.

Dicho esto, consideramos que la correcta solución al problema planteado en este trabajo pasa por el ejercicio de “escalar” los peldaños del conocimiento jurídico, partiendo de los niveles técnico y científico hasta llegar al nivel ontológico o fundamental, posible de ser alcanzado por la razón.

Como el lector podrá concluir, este es un trabajo que pretende trascender los fueros del derecho positivo para buscar respuestas en las exigencias de la naturaleza humana, que entendemos como fundamento de la dignidad de la persona. Limitar el conocimiento del Derecho a los niveles técnico y científico y prescindir del nivel superior del conocimiento jurídico, implicaría llegar –por lo menos en los temas más estrechamente vinculados a la persona, a la familia y al matrimonio– a respuestas cargadas de mero formalismo jurídico y, por ende, incompletas, además de resultar incoherentes con la condición esencialmente *unitaria* de la persona humana.

El itinerario que proponemos es el siguiente. En el primer capítulo haremos un planteamiento general de la cuestión referida a la constitucionalidad o no de una eventual reforma legislativa destinada a “ampliar” la institución del matrimonio para que puedan contraerlo personas del mismo sexo. Para ello, partimos de una sentencia relevante del Tribunal Constitucional peruano que, si bien no se pronuncia expresamente sobre el carácter heterosexual o no del matrimonio, lo califica en cambio de instituto jurídico natural constitucionalmente garantizado; lo cual, en nuestra opinión, constituye una remisión directa a la doctrina de las garantías institucionales originada en la doctrina constitucional alemana de principios del siglo XX, y cuyo abordaje es esencial para comprender los alcances e implicaciones de tal calificación por parte del supremo intérprete de la Constitución.

conocimiento, pero también y de manera principal, la de ser un nivel de decisión; “es la realización del orden jurídico en la vida real, en las situaciones singulares y realmente existentes”. *Ibidem*, p. 598.

El capítulo segundo está dedicado precisamente a explicar el origen y alcances en la actualidad de la doctrina de la garantía institucional, para lo cual hacemos un breve recuento de las diversas posiciones doctrinarias sobre la categoría constitucional en mención y su recepción por los Tribunales constitucionales de España y Perú; para concluir con una propuesta de caracterización acorde con la necesidad de una efectiva protección de los institutos jurídicos –públicos y privados– constitucionalmente garantizados. Como se podrá apreciar, el presente trabajo se articula básicamente a partir de la categoría conceptual antes referida, lo cual justifica, además, el título escogido.

Ya en el tercer capítulo nos ocupamos concretamente de la garantía institucional del matrimonio o, en otros términos, del matrimonio como instituto jurídico constitucionalmente garantizado. De acuerdo con el desarrollo conceptual de la doctrina de la garantía institucional, el reconocimiento constitucional de ciertos institutos jurídicos traería consigo una especial protección de los mismos, protección que se traduciría en la prohibición dirigida al legislador ordinario de desnaturalizar la institución o vaciarla de contenido, como consecuencia del ejercicio de su actividad reguladora.

Sin embargo, para poder establecer los límites de la actuación del legislador, es preciso identificar claramente cuáles son los componentes o rasgos básicos de las instituciones garantizadas; lo cual, según los postulados de la doctrina en mención, se lograría detectando la “imagen” que de la institución garantizada se tiene en la cultura jurídica del país. En tal sentido, a lo largo del tercer capítulo intentamos detectar la imagen del matrimonio en la cultura jurídica peruana, teniendo siempre presente que nuestra particular cultura jurídica tiene una innegable raíz en la cultura jurídica occidental.

Hasta este punto, la búsqueda de respuestas a las interrogantes planteadas ha estado centrada básicamente en las fuentes del derecho positivo, es decir, en el nivel científico del conocimiento jurídico. Sin embargo, aún cuando los resultados sean satisfactorios, los argumentos en que se sustentan son incompletos, porque no contemplan las razones

últimas de la necesidad o no de la heterosexualidad en el matrimonio. Por este motivo, en el cuarto y último capítulo pretendemos, al menos, aproximarnos a esas causas últimas que permiten explicar la estructura subjetiva de la institución matrimonial.

Para ello, partiendo de que la propia Constitución peruana de 1993 califica al matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad, intentaremos desentrañar los elementos esenciales del matrimonio a partir de lo que nos es posible conocer acerca de la persona humana y su naturaleza. Sólo así estaremos verdaderamente en condiciones de pronunciarnos no sólo sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una eventual propuesta legislativa que permita el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo, sino también –y sobre todo– sobre la justicia o injusticia de tal regulación.

El lector advertirá que en el presente trabajo hemos procurado centrar el análisis dentro de categorías propiamente jurídicas, sin entrar en cuestiones de moral subjetiva o individual; sin embargo, advertirá también que nuestra concepción de lo jurídico se sitúa bastante lejos de lo que sería un normativismo avalorativo y neutral. Y ello es así porque estamos convencidos que el Derecho emana de la juridicidad esencial y natural de la persona, y que, en consecuencia, soslayar este dato en el análisis jurídico de las instituciones más estrechamente vinculadas a la dignidad de la persona humana, constituye una auténtica injusticia que el jurista no debiera estar dispuesto a aceptar.

Capítulo I

PLANTEAMIENTO

1. Las transformaciones en el Derecho de Familia.

No cabe duda que el Derecho de Familia es uno de los ámbitos del saber jurídico que más ha experimentado, en las últimas décadas, serias transformaciones en la concepción tradicional de sus instituciones. Estas transformaciones se han hecho patentes –en mayor o menor grado– en los distintos países que han adoptado lo que se ha venido a denominar por Glendon¹ como el *modelo occidental de familia*, y se han caracterizado principalmente por la tendencia hacia una reconceptualización del matrimonio y la familia, manifestada por un cambio de énfasis legal desde la “familia como grupo” a la “familia como sus miembros individuales”; por el tránsito de la solidaridad familiar al progresivo reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos que conforman el grupo familiar; por pasar de considerar al matrimonio como una institución social necesaria diseñada para proporcionar el ambiente óptimo para los niños, a considerarlo primordialmente como una relación íntima entre dos adultos.²

En líneas generales y siguiendo a Martínez de Aguirre³, puede sostenerse que los distintos factores que han influido en la transformación de las instituciones familiares, han propiciado lo que el citado autor ha calificado como proceso de *subjetivización del matrimonio y la familia*, en cuya virtud estos últimos dejan progresivamente de ser

¹ M. A. GLENDON, *The transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Chicago: The University of Chicago Press, 1989. Cit. por E. ROCA TRÍAS, *Familia y Constitución*, En: A. MORALES (Ed.), *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad*, Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007, p. 212.

² Afirma Glendon que era de esperar que ese cambio de énfasis legal produjese un aumento de los desafíos a las definiciones legales tradicionales de matrimonio y familia por parte de individuos y grupos de interés que perseguían la validación legal de formas de vida no tradicionales. Cfr. L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *El concepto de matrimonio en el código civil*, Navarra: Thomson-Civitas, 2008, p. 17.

³ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Familia, sociedad y derecho*. En: C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) et alii. *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Madrid: Colex, 2º ed., 2008, p. 29.

contemplados como una realidad natural de carácter objetivo, cuyo contenido, significado y reglamentación vienen dados –en sus aspectos más esenciales– a la persona y a la sociedad por la propia naturaleza humana; para quedar –también progresivamente– sometidos a la voluntad humana, tanto individual como social (estatal), que entiende que puede darles la configuración, contenido, significado y reglamentación que estime conveniente.

En este sentido, es importante precisar que los cambios operados en el Derecho de Familia han incidido y lo siguen haciendo en diversos ámbitos de las relaciones familiares y no sólo en la propia concepción de *familia* (junto al modelo clásico de “familia matrimonial”, se reconocen otras estructuras familiares extendiendo la protección jurídica a las “familias de hecho”⁴, “familias monoparentales” y “familias ensambladas” o “reconstituidas”⁵); sino también en la concepción y regulación del *matrimonio* (reconocimiento de la plena igualdad jurídica de los cónyuges⁶; el tránsito

⁴ Conllevando a la progresiva juridificación de las uniones de hecho o *more uxorio*, mediante su progresivo acercamiento (en sus características y efectos) al matrimonio, lo cual por cierto sólo es posible con la paralela de-construcción o progresivo vaciamiento de contenido de éste último.

⁵ En el Perú, la Sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada en el Expediente N° 09332-2006-PA-TC del 30-11-2007, es suficientemente ilustrativa de este reconocimiento. Así, en ella el TC señala que: “7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales [los cuales] han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de la uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.”. Y refiriéndose específicamente a las familias reconstituidas, señala: “8. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. 9. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida...”. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php o directamente en formato pdf en: http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_landa/09332-2006-AA-Familias_reconstituidas-trato_digno_hijos_clanda.pdf (último acceso: 14-06-2012).

⁶ Código Civil peruano

Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. *El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.*

del divorcio-sanción al divorcio-remedio⁷, hasta llegar al divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges⁸; el divorcio *express*⁹ o la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁰); en la regulación y determinación de la *filiación*

⁷⁷ Mediante Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001 en el Diario Oficial El Peruano, se modificaron, entre otros, los artículos 333° y 349° del código civil peruano, incorporando dos nuevas causales de separación de cuerpos y divorcio, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 333.-

Son causas de separación de cuerpos:

(...)

11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.”

(...)

“Artículo 349.-

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.”

En el Diario de Debates del Congreso de la República consta la sustentación que hizo el congresista Daniel Estrada Pérez (alianza parlamentaria Acción Popular – Unión por el Perú) como Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso, sobre la causal de separación de hecho en los términos siguientes: “... en estos tiempos el divorcio no es tenido como una sanción. Sin embargo, el divorcio en el Perú, concebido hace varias décadas, es una sanción. Si uno ve todas las causales —el adulterio, el abandono malicioso del hogar, la enfermedad venérea, etcétera—, traen como consecuencia una sanción que va contra el matrimonio. Pero lo que propone esta figura es el denominado “divorcio remedio”, porque va a solucionar una situación de conflicto, que no solamente interesa a la pareja o a la familia, sino también a la sociedad.”. Obviamente no fue la única postura al respecto y del propio Diario de Debates se puede advertir lo controvertido del tema. Muestra de ello es la posición asumida por el congresista Antero Flores-Aríz Esparza (Perú Posible) que, en parte, transcribimos a continuación: “¿De qué nos sirve el artículo 4.° de la Constitución con este tipo de proyectos? La propia Constitución dice: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio”. ¿Promueve el matrimonio haciéndolo institución chatarra y que sea facilísimo terminar con él, y que incluso se lo pueda constituir con el ánimo de desaparecerlo en cualquier momento basado en mi propio incumplimiento?”. No obstante, en honor a la verdad debemos precisar que esta opinión del congresista Flores-Aríz estaba referida exclusivamente a la causal de “separación de hecho”, pues dicho congresista sí defendía la causal de “imposibilidad de hacer vida en común”, que finalmente también fue incorporada al código civil.

⁸ A modo de ejemplo podríamos citar la Ley 15/2005 de 08 de julio que incorporó en España el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges exigiendo como único requisito que hayan transcurrido tres meses contados desde la celebración del matrimonio. En Perú no se ha llegado a este extremo, pero qué duda cabe que el divorcio por la causal de “separación de hecho” recogida en el inciso 11) del artículo 333° del código civil constituye un supuesto de divorcio por hecho propio (voluntad unilateral).

⁹ Para evitar confusiones, conviene precisar que el denominado divorcio *express* no tiene el mismo significado en todas las latitudes. Así, por ejemplo, en España dicha denominación es utilizada para hacer referencia al divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, incorporado al ordenamiento jurídico de dicho país mediante Ley 15/2005 de 08 de julio. En cambio, en nuestro medio, con la expresión divorcio *express* —y en base a una traducción literal del término— se alude más bien al “divorcio rápido”, introducido al Derecho peruano mediante Ley N° 29227 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-05-2008, y su Reglamento aprobado mediante D.S. N° 009-2008-JUS publicado el 13-06-2008, que regulan el *Procedimiento No Contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior* ante las Municipalidades y Notarías.

¹⁰ Para un recorrido rápido sobre la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho comparado, puede consultarse: Y. VEGA MERE, *Es posible sostener la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo?. Reflexiones sobre los eventuales argumentos a favor y en*

(empleo de pruebas biológicas y genéticas para su determinación¹¹; la igualdad de tratamiento a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos¹² o la sola voluntad como título de atribución de paternidad en las técnicas de reproducción humana asistida, por encima del principio de verdad biológica¹³); y en la regulación de

contra de un posible constitutional support. En: Gaceta Constitucional N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010, pp. 41-44. También, aunque dejando constancia de la propia naturaleza y características de la fuente, puede resultar útil revisar, por la actualidad de la información allí contenida: http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo (último acceso: 14-06-2012).

¹¹ Código Civil peruano

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la *prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas* con igual o mayor grado de certeza. (...)

(Texto según modificación incorporada por la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 28457, publicada el 08-01-2005.)

¹² Código Civil peruano

Artículo 235.- Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. *Todos los hijos tienen iguales derechos.*

¹³ Históricamente la determinación de la filiación se ha basado en datos naturales a fin de buscar la plena coincidencia entre la filiación jurídica y la realidad biológica. Excepcionalmente se ha permitido la filiación legal en caso de adopción, pero buscando siempre la mayor semejanza con la realidad biológica (*adoptio imitatur naturam*). Con el descubrimiento y desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, se incorpora, junto con la adopción, un nuevo título positivo de atribución de paternidad, constituido por la declaración de voluntad del varón de *querer ser padre* (consentimiento).

En el Perú, más allá del artículo 7° de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, no hay una ley que regule las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, en el Derecho comparado es ilustrativa la Ley española 14/2006 – Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 26 de mayo 2006 (cuyo antecedente se encuentra en la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, una de las primeras en el panorama internacional), de cuyo texto es posible deducir la atribución al “consentimiento” de la categoría de *título positivo* de paternidad. Esta afirmación se desprende –en opinión de doctrina autorizada, que por cierto compartimos– del artículo 6.3. que a la letra establece: “*Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.*”; y con mayor razón del artículo 8.1. cuando establece que: “*Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación*”. Como se puede apreciar, basta que el marido haya prestado su consentimiento para que su mujer se someta a una técnica de reproducción humana asistida, para que se le considere padre del niño nacido como consecuencia de la aplicación de dicha técnica. En este caso, el marido no podrá impugnar la paternidad ni siquiera cuando la técnica empleada fuera heteróloga, es decir, cuando los gametos empleados hubieran sido aportados por un tercero donante. En este último caso, es evidente que el niño nacido no es hijo biológico del marido; sin embargo, el consentimiento de éste último, prestado de manera previa, expresa y formal (por escrito), es considerado por la LTRA española como título suficiente para atribuirle la paternidad de menor. Cfr. M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 134.

En definitiva, con la Ley 14/2006, la determinación de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida reconoce dos títulos distintos de atribución de paternidad: un título natural (dado al hombre) constituido por el elemento genético, y un título positivo (puesto por el hombre) constituido por la sola declaración de voluntad. Los casos de determinación de la filiación basados en el título natural (técnicas homólogas), se acercan a la filiación como consecuencia de la procreación natural, mientras que los casos de determinación de la filiación basados en el título positivo (técnicas heterólogas), se asemejan en algo a la adopción, aunque ésta última está dotada de mayores garantías y reconoce expresamente la

las *instituciones de amparo de menores*, sujetas al principio del interés superior del niño y del adolescente.¹⁴

De lo antes señalado, puede advertirse fácilmente que estas mutaciones no son homogéneas en sus implicaciones sociales y jurídicas, lo cual permite suponer que no todas han sido recibidas de la misma manera ni por los sujetos directamente involucrados (familia y sociedad en general) ni por los distintos especialistas en la materia (juristas, sociólogos, psicólogos, asistentes sociales, etc.).

En este sentido, si bien es posible sostener que el reconocimiento de la plena igualdad jurídica entre los cónyuges, la igualdad jurídica entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos o la consideración del interés superior del niño y del adolescente en todas las medidas y decisiones que los involucran, son percibidas –sino de manera unánime al menos por la gran mayoría de personas– como auténticos logros en la línea del efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos que conforman el grupo familiar; no es menos cierto que en el Derecho de Familia pueden encontrarse muchos otros cambios –o propuestas de cambio– que han generado grandes polémicas al punto de “dividir”, en no pocos casos, a los miembros de las sociedades que se han visto en la necesidad de afrontarlos y en el dilema de tener que adoptar una decisión sobre un tema de gran trascendencia social. Aunque en este punto es preciso señalar que la trascendencia de los cambios y transformaciones en el Derecho de Familia no depende de la magnitud del eventual debate social que, obviamente, podría o no producirse, sino más bien por lo que dichos cambios significan para la propia concepción de familia en sí misma considerada, así como para la protección y respecto de la dignidad inherente de sus miembros.

prevalencia del interés superior del niño, lo cual no ocurre con la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la que prima el interés de la mujer.

¹⁴ Código de los Niños y Adolescentes peruano

Artículo IX del Título Preliminar.- Interés superior del niño y del adolescente

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el *Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente* y el respeto a sus derechos.

2. El “matrimonio” homosexual como caso puntual de análisis.

Entre aquellos casos en que los intentos de transformación han generado –y siguen generando– intensos debates alrededor del mundo desde la propia perspectiva de cada una de las disciplinas involucradas en el tema, puede considerarse, sin duda alguna, el de la regulación de las uniones de hecho homosexuales –con la paulatina aplicación a dichas uniones de algunas o varias de las características consideradas tradicionalmente como exclusivas del matrimonio–; así como el de la propia “apertura” de la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo, con la consiguiente posibilidad de adopción conjunta de menores de edad por parte de dichas parejas.

Ambas cuestiones antes mencionadas, están bastante lejos de ser admitidas por todos como una verdadera exigencia de Justicia (entendida ésta, según la clásica definición de Ulpiano¹⁵, como la virtud de dar a cada uno *lo suyo*, o sea, su derecho), toda vez que en la actualidad no es posible afirmar que exista consenso en el Derecho comparado sobre la realidad de un supuesto derecho a la “homoafectividad” que por sí mismo justifique –para las uniones que dicen sustentarse en ella– un tratamiento similar o idéntico al matrimonio; como tampoco está clara ni mucho menos definida la existencia de un supuesto derecho a contraer matrimonio con persona del mismo sexo.

Dicho esto, en el presente trabajo nos ocuparemos única y exclusivamente de la segunda de las cuestiones señaladas, es decir, de aquella referida a la posibilidad de “apertura” del matrimonio a las parejas del mismo sexo; dejando para un trabajo posterior el tema referido a la regulación de las uniones de hecho homosexuales.

Para alcanzar tal objetivo, intentaremos dar respuesta a la siguiente interrogante sobre la estructura subjetiva del matrimonio: *¿la estructura subjetiva del matrimonio es necesariamente heterosexual o, por el contrario, la diferencia –o identidad– de sexos es irrelevante en dicha estructura?* y, como consecuencia de ello, a las no menos importantes cuestiones sobre la constitucionalidad o no de una eventual reforma del

¹⁵ Recogida en el Digesto 1,1, 10: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”. La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona: Eunsa, 2000, p. 106.

Código civil peruano que pretenda “ampliar” la institución del matrimonio civil para que puedan contraerlo parejas del mismo sexo: *¿sería constitucional una reforma legislativa destinada a incorporar en el Perú el matrimonio homosexual?*. Más aún, *¿es constitucional el texto vigente del artículo 234° del Código civil que define al matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, haciendo de la heterosexualidad un presupuesto del matrimonio civil y dejando fuera de la institución a las parejas del mismo sexo?*.

En este sentido, debemos precisar que, a diferencia de lo ocurrido con el tema de las uniones civiles homosexuales¹⁶, en el Perú no se ha presentado –al menos hasta el momento en que se escriben estas líneas– ningún proyecto de ley destinado a ampliar la institución del matrimonio en los términos antes indicados. Sin embargo, eso no significa que el tema haya sido ajeno al debate académico y doctrinal, existiendo dos posturas muy marcadas y abiertamente opuestas sobre el particular: una de ellas denominada por un sector de la doctrina como “posición tradicional”, caracterizada por considerar que el matrimonio es la unión entre varón y mujer¹⁷, y que de realizarse un “matrimonio” entre personas del mismo sexo, estaríamos ante un acto jurídico nulo al ser contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres¹⁸, es

¹⁶ En los años 2009 y 2010 se presentaron ante el Congreso de la República nada menos que tres proyectos de ley, referidos –directa o indirectamente– al controvertido tema de las uniones homosexuales: dos de ellos (Proyecto de Ley N° 3814/2009-CR y Proyecto de Ley N° 4176/2010-CR) proponiendo la figura del “Contrato de Patrimonio Compartido”, que sería causa eficiente de un nuevo “patrimonio autónomo” de origen consensual, tratando con ello de superar los inconvenientes de justicia de orden estrictamente patrimonial que podrían surgir ante la ruptura de una unión de esa naturaleza; y el otro (Proyecto de Ley N° 4181/2010), proponiendo directamente la regulación y registro de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, a efectos de reconocerles los mismos derechos patrimoniales y personales atribuidos por la legislación vigente (Constitución y Código Civil) a las uniones de hecho heterosexuales. Es de resaltar que, más allá de la controversia generada, los tres proyectos de ley fueron en su momento rechazados en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República. Los proyectos antes mencionados pueden ser consultados en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf> (último acceso 14-06-2012).

¹⁷ Cfr. A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. Comentario al Artículo 4° de la Constitución*. En: W. GUTIÉRREZ (Dir.), *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2006, p. 346.

¹⁸ Cfr. C. CANALES TORRES, *¿Matrimonio? ¿Uniones de hecho? ¿Uniones civiles? La homoafectividad en el ordenamiento jurídico peruano*. En: Gaceta Constitucional N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010, pp. 69-82. En el mismo sentido, Juan Espinoza sostiene que “si tenemos en cuenta la redacción del art. V del t.p. c.c., observamos que el legislador entendió como conceptos sinónimos el de las leyes que interesan al orden público con el de las imperativas: de otra manera no se entiende por qué se sanciona con nulidad la contravención de las primeras. Un ejemplo lo tenemos en el art. 234 c.c. el cual define el matrimonio como la “unión voluntariamente concertada por un varón una mujer”: sería nulo el

decir, ante un supuesto de nulidad virtual por aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código civil¹⁹; y la otra, denominada por sus seguidores como “posición moderna”, que llega a sostener la inconstitucionalidad del artículo 234° del Código civil (que, como se dijo, hace de la heterosexualidad un presupuesto del matrimonio) por – supuestamente– contravenir el artículo 2°, incisos 1) y 2) de la Constitución Política del Perú, que recogen los principios de libertad e igualdad y prohíben la discriminación por razón de sexo y “cualquier otra forma de discriminación”, fórmula ésta última que incluiría la *orientación sexual* como criterio de discriminación injusta.²⁰ Asimismo, si bien los abanderados de esta última postura no desconocen que el artículo 4° de la Constitución peruana establece el principio de promoción de la institución matrimonial, sostienen en cambio que dicha norma no ofrece una definición de matrimonio, ni mucho menos establece quién puede ser parte activa de éste, correspondiéndole finalmente al legislador ordinario determinar quién puede o no casarse, y en su caso, con quién hacerlo, respetando claro está los principios constitucionales de libertad e igualdad y no discriminación antes referidos.

Por nuestra parte consideramos que, en el Perú, la respuesta jurídica a las interrogantes sobre la estructura subjetiva del matrimonio y, en definitiva, sobre la constitucionalidad o no de una eventual propuesta legislativa destinada a ampliar el concepto de matrimonio para permitir que puedan contraerlo –entre sí– personas del mismo sexo, no debe partir del análisis de los principios de libertad e igualdad reconocidos en los incisos 1) y 2) del artículo 2° de la Constitución Política, y mucho menos basarse exclusivamente en ellos, como proponen los partidarios de la “posición moderna” antes mencionada. Por el contrario, consideramos que el tratamiento de las cuestiones antes referidas, debe partir necesariamente de un análisis profundo del artículo 4° de la Constitución Política de 1993, toda vez que esta norma tiene la particularidad de recoger expresamente la figura del matrimonio, calificándolo además

matrimonio entre personas del mismo sexo por contravenir esta norma que tiene naturaleza imperativa.” J. ESPINOZA ESPINOZA, *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2008, p. 535.

¹⁹ Artículo V del Título Preliminar del Código civil.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

²⁰ Cfr. E. VARSI ROSPIGLIOSI Y M. CHAVES, *Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú*. En: Gaceta Constitucional N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010, pp. 37-39.

como instituto natural y fundamental de la sociedad, y por si ello fuera poco, dotándolo de una especial garantía constitucional al declarar que la sociedad y el Estado tienen el deber de promoverlo. En tal sentido, pensamos que sólo después de haber analizado e interpretado prolijamente el artículo 4º de la Constitución peruana de 1993, cabría determinar si los principios de libertad o igualdad incluirían dentro de su contenido constitucionalmente protegido la posibilidad de que una persona contraiga matrimonio con otra de su mismo sexo.

3. Una Sentencia del TC relevante para el análisis.

Para emprender un análisis del artículo 4º de la norma fundamental, proponemos partir de lo que el Tribunal Constitucional peruano (en adelante el TC) –como supremo intérprete de la Constitución– ha dicho del referido artículo, tomando como principal punto de referencia su Sentencia del 24 de noviembre de 2004 pronunciada en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC²¹, tramitado como consecuencia del recurso extraordinario interpuesto por José Antonio Álvarez Rojas contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que declaró improcedente la demanda de amparo planteada por el recurrente contra el Ministerio del Interior.

En esta línea, cabe recordar que el artículo 4º de la Constitución Política del Perú de 1993 establece lo siguiente:

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

²¹ Publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 07-02-2005. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html> (último acceso: 14-06-2012).

Abordando este artículo, el TC ha señalado en el fundamento jurídico 13. de su STC N° 2868-2004 antes referida, que “del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho *constitucional* al matrimonio... [pues] cuando dicho precepto fundamental establece que el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos (la familia y el matrimonio) con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.”

En esta misma sentencia, el máximo intérprete de la Constitución ha incidido en que “más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos *institutos jurídicos constitucionalmente garantizados*. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial²².” Y continúa señalando que “ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.”

Asimismo, haciendo un deslinde entre el *ius connubii* y la institución del matrimonio, en la sentencia en comentario el TC señala que “desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones.” No obstante, el Tribunal considera que “el derecho a contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo

²² Se ha dicho que constituye un error utilizar la expresión “contenido esencial” para referirse a las instituciones jurídicas constitucionalmente garantizadas, ya que, en estricto, el “contenido esencial” sería predicable sólo de los derechos fundamentales. Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 314. Contrariamente a dicha afirmación, pensamos que, toda vez que en la Constitución peruana de 1993 no existe una disposición similar a la del artículo 53.1 de la Constitución española de 1978 (que sí vincula la frase “contenido esencial” a los derechos fundamentales), no necesariamente es un error utilizar dicha expresión para referirse a los rasgos básicos de las instituciones garantizadas por nuestra Constitución, pues la idea es la misma: la existencia en los derechos fundamentales, como también en las instituciones constitucionalmente garantizadas, de un contenido indisponible para el legislador.

tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución” pues “con su ejercicio [el del *ius connubii*] se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él (aunque no únicamente), a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia.”

Tomando en cuenta lo señalado por el TC sobre el matrimonio y el *ius connubii* (derecho a contraer matrimonio), en las líneas que siguen nos abocaremos a la tarea de análisis e interpretación del artículo 4º de la Constitución, para lo cual –siguiendo al menos parcialmente la línea argumental marcada por el propio Tribunal– haremos uso de la categoría conceptual de la “garantía institucional”, cuyo origen es posible encontrar en la doctrina constitucional alemana del siglo XX, pero con clara recepción por la doctrina y jurisprudencia españolas, cuya influencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano es innegable.

Capítulo II

LA DOCTRINA DE LA GARANTIA INSTITUCIONAL

1. Punto de partida: Las garantías constitucionales.

Del texto de la STC N° 2868-2004, se puede apreciar que, si bien para el Tribunal Constitucional peruano el *ius connubii* no es un derecho constitucionalmente reconocido (por lo menos no de manera autónoma), también es cierto que el colegiado no duda al momento de sostener que el matrimonio es una institución jurídica natural reconocida y garantizada a nivel constitucional. Pues bien, este aserto del Tribunal nos conduce inevitablemente a la categoría de las garantías constitucionales y, en particular, por la senda de la “garantía institucional”; por consiguiente, nos obliga a ocuparnos de ella.

Para ello, conviene partir –como hace Castillo Córdova²³– de la distinción entre garantías constitucionales y garantías de los derechos constitucionales, pues si bien todas las garantías de derechos constitucionales son a su vez garantías constitucionales, no es menos cierto que no todas estas garantías tienen por finalidad –por lo menos no de manera directa– proteger exclusivamente derechos fundamentales. En este sentido, las garantías constitucionales existen a fin de proteger el cumplimiento efectivo de los distintos preceptos y bienes jurídicos contenidos de la Constitución, mientras que las garantías de los derechos constitucionales protegen exclusivamente la vigencia efectiva de los derechos de la persona reconocidos en la Constitución y por esa razón son más limitadas en cuanto a su ámbito de aplicación.

En definitiva, las *garantías constitucionales* serían el género que comprende todos los mecanismos de protección constitucional, género que incluiría –entre otras especies²⁴– tanto a las *garantías de los derechos constitucionales* que serían una clase

²³ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales...*, cit., p. 402.

²⁴ Castillo Córdova, siguiendo básicamente a García Morillo, clasifica las garantías constitucionales en: A) *Garantías normativas o garantías genéricas* (p. ej. el carácter vinculante de la constitución; la reserva de ley; el contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales, etc.); B) *Garantías concretas o jurisdiccionales* (p. ej. Acción de inconstitucionalidad; acción popular; acción de amparo;

de mecanismo destinado exclusivamente a proteger los derechos fundamentales de la persona, como también a las *garantías institucionales*²⁵, categoría ésta última a la cual – como dijimos líneas arriba– nos remite el Tribunal Constitucional peruano cuando califica al matrimonio y a la familia como institutos jurídicos constitucionalmente garantizados.

En consecuencia, para comprender a cabalidad las implicaciones y sentido de tal calificación por parte del máximo intérprete de la Constitución, a continuación nos referiremos brevemente a los orígenes y alcances en la actualidad de la doctrina de la garantía institucional, entendida como mecanismo específico de protección constitucional.

2. La doctrina de la garantía institucional como mecanismo específico de protección constitucional.

A. Origen de la doctrina en Alemania y su recepción por los Tribunales Constitucionales de España y Perú.

La teoría de Derecho público elaborada por la doctrina alemana de la época weimariana –que Böckenförde sitúa entre 1919 y 1933²⁶– estaba en busca de una Teoría

acción de hábeas corpus, acción de hábeas data, etc.); y C) *Garantías institucionales* (p. ej. El control parlamentario de la Constitución; la iniciativa legislativa popular, el Defensor del Pueblo, etc.). Cfr. *Ibidem*, pp. 404-448. Por su parte Pegoraro, refiriéndose a la autonomía de los entes locales, precisa que las garantías son de varios tipos, aunque cabe clasificarlas en dos grandes grupos: sustantivas y procedimentales. En esta línea de pensamiento, la “garantía institucional” sería una garantía de naturaleza sustantiva. Cfr. L. PEGORARO, *Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales*. En: F. FERNÁNDEZ SEGADO (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Madrid: Dykinson, 2008, pp. 905-909.

²⁵ Según sostiene Bustos Pueche, aún siendo los derechos fundamentales una sólida garantía de los bienes personalísimos y materiales de la persona, son insuficientes para la protección de la misma. De ahí la existencia en la Constitución de otras garantías, entre ellas, la de las instituciones. Cfr. J.E. BUSTOS PUECHE, *¿Existen instituciones en la Constitución que limitan al legislador ordinario?*. En: *Revista de Derecho Privado* N° 9, 2006, p. 82.

²⁶ Esta fue un época de discusión doctrinaria sobre el significado, alcances y aplicación de los derechos fundamentales e instituciones jurídicas incorporadas en la Constitución de Weimar de 1919, que sería interrumpida a través del establecimiento del régimen nacionalsocialista en el año 1933, régimen en el cual, en lugar del análisis discursivo surgiría una violenta polémica contra los derechos fundamentales, que se supondrán elementos de disolución de la comunidad y producto de la ideas de desunión del positivismo liberal. El período de 1933 a 1945 (nazismo) fue uno de supresión de la libertad. Sólo

de la Constitución, es decir, de una “teoría conforme con el sentido y función de la Constitución en una comunidad democrática”. En esta línea, el hecho que la Constitución de Weimar de 1919 regule –en su parte principal– bajo el título “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, no sólo los clásicos derechos de libertad, sino también garantías respecto a ciertas instituciones básicas de la vida de la comunidad²⁷, dio lugar a que la doctrina alemana se cuestione si es que el legislador, en mérito a dichos preceptos, quedaba realmente vinculado de modo inmediato a los derechos fundamentales y a las instituciones jurídicas allí contempladas.

Sobre el particular, Hesse²⁸, refiriéndose específicamente a las instituciones básicas para la vida de la comunidad, comenta que aparecían en la Constitución alemana de 1919 –además de la propiedad que ya estaba garantizada en constituciones anteriores– las garantías del matrimonio, de la familia, de la patria potestad y un mandato de igualación de los hijos no matrimoniales, así como la garantía de la herencia y de la libertad contractual en el tráfico económico. Sin embargo, si bien de estas garantías resultaba una prohibición de que el legislador ordinario aboliera como tales los institutos garantizados, también es cierto que según la doctrina dominante, las mencionadas garantías no estaban aseguradas frente a limitaciones legales, lo cual significaba que tales garantías se consideraban desde un principio condenadas a la ineficacia.

En esta misma línea, señala Espinosa-Saldaña que “una de las características más importantes de este texto constitucional [Constitución de Weimar] fue sin duda la de incorporar dentro de sus disposiciones a una serie de instituciones o institutos, algunos de Derecho privado (el matrimonio, la familia, la propiedad o la herencia) y otros de Derecho público...”, pero que “desafortunadamente, el reconocimiento de todas estas instituciones no iba debidamente acompañado del establecimiento de un elenco de

después y a partir de 1949, con la Ley Fundamental de Bonn, volvería a reiniciarse la discusión de la época de Weimar en la República federal. Cfr. E-W. BÖCKENFÖRDE, *¿Cómo se interpretan en el derecho constitucional alemán los derechos fundamentales?* En: F. FERNÁNDEZ SEGADO (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Madrid: Dykinson, 2008, pp. 419-422.

²⁷ La segunda parte de la Constitución de Weimar se dividía en las siguientes secciones: La persona individual (artículos 109-118); La vida social (artículos 119-134); Religión y confesiones religiosas (artículos 135-141); Educación y enseñanza (artículos 142-150); La vida económica (artículos 151-165).

²⁸ Cfr. K. HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 47-51.

garantías destinadas a asegurar su efectivo cumplimiento, con lo cual la vigencia de las mismas quedaba en muchos casos supeditada a la actuación del legislador, hecho que en el conflictivo contexto social y político que entonces se vivía originaba honda preocupación tanto en los intelectuales de signo conservador como en los de pensamiento progresista.”²⁹

Queda claro entonces que la categoría “garantía institucional” nace en la doctrina constitucional alemana de principios del siglo XX –concretamente en la elaborada por Carl Schmitt– ante la ausencia, en la Constitución de Weimar de 1919, de verdaderas medidas protectoras frente a la acción del legislador. En palabras de Castillo Córdova “la doctrina Schmittiana sobre la garantía de las instituciones constitucionales (...) nace en y para el concreto sistema jurídico alemán weimariano caracterizado por considerar las normas constitucionales sin contenido vinculante para el legislador, y tiene por finalidad contrarrestar una actividad legislativa arbitraria desarrollada al margen de la norma constitucional.”³⁰ En este mismo sentido, se ha dicho que “la idea motriz de la doctrina de las garantías institucionales es la de ‘hacer resistentes’ una serie de regulaciones [instituciones jurídicas] que, por deficiencias de la norma fundamental de la época weimariana y la ausencia en ésta de técnicas de protección de su orden básico, corrían el riesgo de verse desvirtuadas en cuanto entregadas –a través de la reserva de Ley– a la disponibilidad del legislador ordinario.”³¹

Asimismo, puede concluirse que el origen de la doctrina de la garantía institucional tuvo que ver con la necesidad de proteger efectivamente determinadas instituciones jurídicas que, en un momento histórico y en una sociedad determinada, fueron consideradas como esenciales para la adecuada estructuración de la comunidad, motivo

²⁹ E. ESPINOZA-SALDAÑA, *¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuándo ante una garantía institucional?*, En: Revista Jurídica del Perú N° 16, Lima: Editora Normas Legales S.A., 1998, pp. 74-88.

³⁰ Como explica el autor, Carl Schmitt formula su doctrina sobre la garantía de las instituciones reconocidas constitucionalmente en su obra “*Verfassungslehre*” aparecida en 1928, basándose inicialmente en una separación tajante entre los derechos subjetivos (derechos de libertad) y las garantías institucionales, respecto de las cuales el legislador no tenía plena disponibilidad de regulación. L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales ...*, cit., pp. 303-304.

³¹ L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1981, p. 26.

por el cual su regulación no podía ser dejada a la libre decisión del legislador, quien encontraría en esta doctrina un claro límite a su actividad.

Esta doctrina alemana fue recogida por primera vez³² por el Tribunal Constitucional español (en adelante el TCE) en la Sentencia N° 32/1981 de 28 de julio, en cuyo fundamento jurídico 3, afirma que “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional...”. Asimismo, el TCE precisa que “por definición, (...) la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” y que “dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre... En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.”

De este pronunciamiento jurisprudencial se deduce que el legislador –en virtud a la reserva de ley– tiene amplia capacidad para regular lo atinente al régimen jurídico de las instituciones constitucionalmente garantizadas; sin embargo, en uso de dicha atribución,

³² Si bien es posible encontrar una primera mención a las “garantías institucionales” en el voto particular del Magistrado Tomás y Valiente (al que se adhirieron los magistrados Latorre Segura, Díez de Velasco y Fernández Viagas) contenido en la STC N° 5/1981 del 13 de febrero; es sólo en la STC N° 32/1981 en la que el Tribunal Constitucional español define claramente la garantía constitucional en cuestión. En el voto particular contenido en la STC N° 5/1981, que versa sobre la libertad de cátedra, se señala lo siguiente: “12. Ya en algunos de los textos citados se apunta la doble vertiente de la libertad de cátedra, esto es, su aspecto de libertad personal y su faceta de garantía institucional... La libertad de cátedra es una garantía institucional en el sentido que dio a este concepto Carl Schmitt, es decir, un derecho marcadamente público, cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad y, en este caso, en defensa concretamente de la libertad de la ciencia. Es este aspecto institucional de la libertad de cátedra el que la configura no sólo como un derecho individual de libertad esgrimida frente a los poderes públicos, sino como un bien jurídico cuya protección será exigible a los poderes públicos aún cuando la enseñanza se ejerza en centros privados.”

no puede alterar los caracteres esenciales o nucleares de la institución convirtiéndola en irreconocible, en un simple nombre, o –en términos utilizados en la STC español N° 26/1987 de 27 de febrero– en una “simple proclamación teórica”.

En el derecho peruano, la primera vez que la jurisprudencia del TC hizo referencia a la categoría “garantía institucional”, fue en la sentencia pronunciada el 03 de enero de 1997 en el Expediente N° 0004-1996-AI/TC³³, en la cual calificó a la autonomía municipal como garantía institucional, señalando que estábamos ante “una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiriéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos legislativo y ejecutivo en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia.” Y continua precisando que: “Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley, de desarrollo, regulación y limitaciones en su contenido, siempre que ellos se realicen dentro de los límites del orden competencial que la Constitución prevé y en respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado.”

Asimismo, también sobre la autonomía municipal –y sin desconocer que luego de la primera sentencia hubo muchas otras en las que el TC alude a la categoría “garantía institucional”³⁴–, resulta interesante mencionar la sentencia del 15 de diciembre de 2004 recaída en el Expediente N° 0010-2003-AI/TC, en la cual el Tribunal afirmó que “la autonomía municipal constituye, en esencia, una garantía institucional que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla, protegiendo a la institución edil de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y su objeto es asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma tal que la conviertan en impracticable o irreconocible.”

³³ Conocido como el caso “Vaso de Leche”.

³⁴ Sentencias recaídas en los siguientes procesos constitucionales: Exp. N° 1144-2001-AA/TC (autonomía universitaria como garantía institucional); Exp. N° 0410-2002-AA/TC (ahorro como garantía institucional); Exp. N° 0016-2002-AI/TC (deber de defensa y promoción de la propiedad como garantía institucional), entre otras. Sin embargo, cabe precisar que el uso de la categoría “garantía institucional” en estos últimos dos casos (ahorro y propiedad) no ha sido bien recibida por quienes sostienen la absoluta innecesariedad e impertinencia de dicha doctrina cuando de derechos fundamentales se trata.

De todo lo antes reseñado resulta que el reconocimiento de la categoría “garantía institucional” en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de España y Perú tiene por finalidad proteger a determinados institutos jurídicos –de derecho público o privado– constitucionalmente reconocidos, de la actuación de los poderes públicos y en especial de la actuación del legislador ordinario, evitando así que en el ejercicio de sus funciones de regulación, desarrollo y delimitación de tales institutos, puedan vaciarlos de contenido y privarlos de toda identidad a tal punto de hacerlos irreconocibles, y por ende, privarlos de toda existencia real en cuanto institutos jurídicos claramente diferenciables de otros.

Nótese además que lo que protege la doctrina de la garantía institucional, son las características esenciales según la “imagen comúnmente aceptada” de la institución constitucionalmente reconocida en la cultura jurídica de un país; por lo que, en definitiva, el establecimiento de los límites impuestos al legislador ordinario y a los demás poderes del Estado, dependerá de la previa y clara determinación de aquella imagen característica de la institución.

En resumen, podemos afirmar lo siguiente: *(i)* el reconocimiento de una garantía institucional en la Constitución de un país, denota que, para el respectivo Constituyente, es sencillamente indispensable la preservación del instituto jurídico constitucionalmente garantizado; *(ii)* la Constitución retiene y garantiza el contenido básico o rasgos esenciales de la institución jurídica constitucionalmente reconocida, dejando al legislador ordinario su concreta configuración, quien deberá en todo caso respetar esos rasgos esenciales o nucleares evitando desnaturalizar la institución; *(iii)* sin perjuicio de lo anterior, la garantía institucional no asegura un contenido concreto de la institución jurídica de una vez por todas; y *(iv)* la garantía institucional asegura la preservación de la institución jurídica en términos reconocibles para la conciencia social en cada tiempo y lugar; en otras palabras, asegura la preservación de la “imagen” comúnmente aceptada de la institución en la cultura jurídica de un país.

B. Posturas doctrinales sobre los alcances de la categoría “garantía institucional” en la actualidad.

Sin embargo, es preciso señalar que no obstante el reconocimiento jurisprudencial al que antes se ha hecho referencia, lo cierto es que el origen evidentemente histórico y coyuntural³⁵ de la figura de las garantías institucionales, ha dado lugar en la actualidad a diversas posiciones doctrinales sobre su utilidad y ámbito de aplicación, tomando básicamente en consideración el desarrollo y evolución que el constitucionalismo ha alcanzado en los últimos tiempos.

Así, el carácter histórico de la doctrina y las razones de su formulación han llevado a algunos autores a sostener su obsolescencia o absoluta innecesariedad en el constitucionalismo actual. En esta línea de pensamiento Martínez-Pujalte ha señalado que la doctrina de las garantías institucionales fue “formulada en momentos anteriores de la evolución del constitucionalismo con el propósito de fortalecer determinados contenidos constitucionales frente al legislador, lo que hoy ya no es en absoluto necesario, toda vez que el carácter normativo de la Constitución se encuentra fuera de toda duda (...) y, en el ámbito de los derechos fundamentales, reforzado por la exigencia de respeto a su contenido esencial”.³⁶

Otros en cambio, que se sitúan en la vereda del frente y con una concepción más general de la figura, sostienen la plena vigencia y utilidad de la doctrina de la garantía institucional como mecanismo para proteger y fortalecer los distintos bienes jurídicos constitucionales, incluidos los derechos fundamentales. En palabras de Gallego

³⁵ En este sentido, se ha dicho que el punto de partida de la formulación de las Garantías Institucionales se produce en el contexto de un escenario caracterizado por las grandes transformaciones propias del paso del constitucionalismo liberal clásico al llamado constitucionalismo social; es decir, en una situación de tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, situación que tiene como algunos de sus rasgos centrales a los siguientes: en primer lugar, la positivización de los llamados derechos sociales, cuyo reconocimiento constitucional va a introducir por primera vez una obligación a los poderes públicos de asumir una conducta tuitiva de dichos derechos sociales; y, en segundo lugar, la instauración de una nueva función para los derechos, los cuales ya no serán únicamente esferas de autonomía individual, sino que también podrán comportar la exigencia de la actuación de los poderes públicos creando instituciones de garantía. E. ESPINOZA-SALDAÑA, *¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental ...*, cit., pp. 74-88.

³⁶ A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

Anabitarte, “la doctrina alemana desde Weimar, y sus mejores cabezas, hasta nuestros días, han mantenido la bondad técnica de la teoría de la garantía institucional para proteger y fortalecer más a *determinados* derechos fundamentales, [aunque] un sector doctrinal con una concepción amplia, utiliza esta teoría para proteger y fortalecer más [no a unos cuantos, sino] a *todos* los derechos fundamentales”.³⁷

Esta, al parecer, sería la posición a la que, en nuestro país, se adscribe Espinoza–Saldaña, al señalar que “es pues dentro de estos parámetros en los cuales opinamos debe reconducirse la discusión sobre la pertinencia de seguir empleando o no la categoría ‘garantía institucional’ en cualquier ordenamiento jurídico en general (...), pues a todas luces resulta preferible una abundancia de posibilidades garantistas de las prescripciones constitucionales que una ausencia de dichas alternativas. Plantear lo contrario nos puede llevar a peligrosas situaciones de indefensión ciudadana e ineficacia de algunos derechos e instituciones, y por ende, a un peligroso descrédito de la forma de Estado en la cual hoy nos desenvolvemos y de los valores que esta preserva.”³⁸

Pero eso no es todo. Para un tercer sector de la doctrina es posible encontrar garantías institucionales conexas al reconocimiento de derechos subjetivos, pero sin confundirlas con ellos, tal como ocurriría –según De Otto y Pardo– en el caso de las profesiones tituladas y el ejercicio de las actividades empresariales recogidas en los artículos 36º y 38º, respectivamente, de la Constitución española de 1978, instituciones éstas constitucionalmente garantizadas que tendrían vinculación con los derechos de libertad de elección de las profesiones y oficios y libertad de actividades empresariales. Sin embargo, en este caso, la doctrina en mención se apura en aclarar que “en la medida en que (...) la garantía institucional se establece en conexión con un derecho fundamental, se hace preciso determinar con exactitud y del modo más cuidadoso cuándo la normación [sic] de la institución garantizada incide al mismo tiempo sobre el

³⁷ A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Madrid: Civitas, 1994, p. 86. Cit. por L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales...*, cit., p. 304.

³⁸ E. ESPINOZA–SALDAÑA, *¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental ...*, cit., pp. 74-88.

derecho subjetivo contemplado también en la norma constitucional, de modo que queda sujeto a las exigencias garantistas del art. 53.1 de la Constitución [española].”³⁹

Por último, para un cuarto grupo, la figura de las garantías institucionales serviría única y exclusivamente para referirse a aquellas instituciones jurídicas reconocidas a nivel constitucional en alguno o varios de los preceptos de la carta magna de un país, pero que no guardan ninguna vinculación o relación directa con los derechos fundamentales. De esta forma, se trataría de un instrumento conceptual destinado a garantizar determinadas instituciones consideradas especialmente relevantes por el ordenamiento jurídico-político, buscando preservarlas y evitando su desnaturalización no sólo por el legislador ordinario, sino también por los jueces y por la administración estatal en general.

En el Perú, tomando partido por esta última concepción sobre los alcances en la actualidad de la doctrina de la garantía institucional, Castillo Córdova no duda en afirmar que “esta doctrina hoy en día pierde sentido cuando se la intente predicar de los derechos fundamentales, no sólo a causa del reconocimiento de la figura del contenido esencial o contenido constitucional de los derechos fundamentales; sino también –y especialmente– por la significación del principio de la doble dimensión institucional de los derechos”. Además, en opinión del autor, “tampoco sirve para hacer referencia a institutos vinculados a los derechos fundamentales [pues] si la regulación de los derechos fundamentales demanda la regulación de un instituto, no será necesario acudir a un concepto como el de garantía institucional, sino que bastará con aludir a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.”⁴⁰

³⁹ I. DE OTTO Y PARDO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*. En: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER Y I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Editorial Civitas, 1988, pp. 101-102. El artículo 53.1 de la CE recoge la garantía constitucional del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, cuando en la primera parte de su segunda frase establece que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I”.

⁴⁰ L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales...*, cit., pp. 305-306.

No obstante, Castillo Córdova⁴¹ considera también –y aquí es donde, en nuestra opinión, se alinea claramente con la cuarta postura– que en una Constitución pueden ser recogidas diversas instituciones jurídicas que, sin ser los derechos fundamentales, son reconocidas en el texto constitucional, y por el hecho de estar recogidas ahí, deben vincular de modo efectivo a los destinatarios de la Constitución a fin que su actuación no desnaturalice el instituto constitucional. A modo de ejemplo de estos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados, el citado autor menciona expresamente a la familia, el matrimonio, la autonomía de los gobiernos locales (autonomía municipal) y la autonomía universitaria, entre otros; aunque particularmente no deja de llamarnos la atención que por un lado sostenga la aplicación de la doctrina de la garantía institucional exclusivamente para aquellas instituciones jurídicas desligadas de los derechos fundamentales, y que por otro incluya dentro de una lista enunciativa de garantías institucionales a la institución del matrimonio, cuando en nuestra opinión es perfectamente posible hablar de dicha institución como objeto del *ius connubi* (derecho a contraer matrimonio); es decir, como una institución conexas –aunque con existencia previa– a un derecho fundamental.

C. Hacia una protección efectiva de los institutos jurídicos constitucionalmente reconocidos: Tesis restrictiva moderada.

Como se puede apreciar de las posiciones doctrinales antes descritas, es claro que no existe acuerdo entre los autores sobre los alcances y ámbito de aplicación que en la actualidad tiene la categoría conceptual de la garantía institucional; empero, dichas discrepancias de carácter doctrinal no obstan en absoluto para afirmar que la mencionada categoría ha sido –sin lugar a dudas– recogida expresamente en numerosas sentencias del TC peruano y, en particular, para designar al matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada.

Por otro lado, el hecho que el Tribunal haya sostenido en su STC N° 2868-2004 que del artículo 4° de la Constitución no cabe desprender la existencia del *ius connubii* como

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 308. También cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Lima: Grijley, 2008, pp. 104-105.

derecho constitucional autónomo, no debe llevarnos a pensar que el colegiado se inclina necesariamente por una concepción restrictiva de la doctrina de la garantía institucional, pues es bien sabido que en más de una oportunidad el máximo intérprete de la Constitución ha invocado la citada doctrina para referirse al aspecto institucional o prestacional de ciertos derechos fundamentales⁴², lo cual más bien acercaría al TC a una concepción sumamente amplia de la categoría “garantía institucional”.

Esto último no significa, sin embargo, que desconozcamos y mucho menos que estemos en contra de las críticas que válidamente pueden hacerse a dicho criterio jurisprudencial desde la dogmática constitucional actual y en particular desde el principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales⁴³. Simplemente queremos dejar constancia que, en nuestra opinión, no es posible encasillar la jurisprudencia del TC peruano –como tampoco puede hacerse con la del TC español– en alguna de las posiciones doctrinarias brevemente reseñadas en los párrafos precedentes, aunque por supuesto sería deseable que el máximo intérprete de la Constitución asuma un criterio definido sobre el particular.

Por nuestra parte, a pesar del carácter o fuerza normativa que en nuestros días se atribuye a las Constituciones modernas⁴⁴, nos inclinamos por desestimar totalmente la

⁴² Ya se hizo referencia en otra cita de este mismo trabajo a las STC recaídas en el Exp. N° 0410-2002-AA/TC (ahorro como garantía institucional); y en el Exp. N° 0016-2002-AI/TC (deber de defensa y promoción de la propiedad como garantía institucional).

⁴³ En palabras de Martínez-Pujalte, “es hoy una idea pacíficamente admitida en la doctrina (...) la de que los derechos fundamentales presentan una doble vertiente o dimensión, subjetiva e institucional, es decir, son a la vez derechos de los ciudadanos y principios básicos del ordenamiento jurídico y de la comunidad política.” A modo de ver del autor, “la consecuencia básica que reviste esta dimensión institucional de los derechos fundamentales radica en que –en la medida en que los derechos fundamentales son principios rectores del ordenamiento– los poderes públicos tienen la misión de contribuir a la realización de esos principios; ello significa, por tanto, que los poderes públicos tiene un interés objetivo en que los derechos fundamentales sean ejercicios por los ciudadanos... En otras palabras: hoy los poderes públicos se encuentran obligados a realizar una ‘política de derechos fundamentales’, es decir, a asumir una posición activa en la promoción de los derechos y en el favorecimiento de las condiciones que hagan posible su ejercicio efectivo, (...) lo que por supuesto convierte en obsoleta la concepción tradicional de los derechos fundamentales como derechos frente al Estado o como meros límites del poder estatal.” A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales*. En: A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE Y T. DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 84-85.

⁴⁴ En la Constitución peruana no existe una disposición expresa referida a su fuerza normativa y vinculación inmediata como la prevista en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución española de 1978 (la primera establece que los derechos fundamentales reconocidos vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como un derecho directamente aplicable; la segunda, que los

tesis negativa primeramente planteada, según la cual la doctrina de la garantía institucional habría perdido toda utilidad en el constitucionalismo actual. Consideramos, en efecto, que el principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales y la garantía de protección de su contenido esencial, son suficientes para salvaguardar a éstos últimos de la acción del legislador ordinario; sin embargo, estos mecanismos de protección no son aplicables a los institutos jurídicos de derecho público y privado reconocidos en la Constitución, los cuales correrían el riesgo de ser totalmente desnaturalizados y vaciados de contenido de no contar con la protección que les brinda la categoría de la garantía institucional⁴⁵, más aún en aquellos casos en los cuales el precepto constitucional se limita a reconocer escuetamente la institución sin establecer textualmente sus rasgos básicos y esenciales que sirvan de guía y pongan freno a la labor del legislador.

De lo antes dicho se desprende claramente que tampoco compartimos la tesis positiva amplia que postula la aplicación de la doctrina de la garantía institucional para proteger los distintos preceptos constitucionales, incluidos –todos o algunos– los derechos fundamentales; pues –como se dijo– éstos gozan de sus propios y específicos mecanismos de protección.

En consecuencia, es obvio que nuestra posición tendría que alinearse con alguna de las dos tesis restantes: o bien con aquella que podríamos denominar tesis positiva

derechos y libertades reconocidas vinculan a todos los poderes públicos); sin embargo, en su articulado encontramos algunas disposiciones que pueden facilitarnos la tarea interpretativa, tales como el art. 38° que establece que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución; así como los arts. 51° y 138° que consagran su supremacía normativa y las normas que establecen el control de constitucionalidad como una fuerza correctora a las arbitrariedades cometidas por determinadas instituciones del Estado. Cfr. C. HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho Constitucional*, Lima: Palestra Editores, 2009, pp. 115-116. También sobre la fuerza normativa de la Constitución, el TC en el fundamento jurídico N° 8 de su sentencia pronunciada en el Exp. N° 2939-2004-AA/TC, ha señalado que el “valor normativo fundamental de la Constitución constituye uno de los pilares fundamentales del Estado Democrático y Social, (...) exige una concepción de la Constitución como norma, la primera entre todas, y la más relevante, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica”.

⁴⁵ En similar sentido Bustos Pueche sostiene que la garantía institucional constituye un instrumento independiente, distinto del de los derechos fundamentales, aunque coincide con éstos en limitar el poder del legislador ordinario, porque sería inconstitucional desnaturalizar la institución, haciéndola irreconocible en la comunidad. Cfr. J.E. BUSTOS PUECHE, *¿Existen instituciones en la Constitución ...?*, cit., pp. 77 y ss.

restrictiva, que se caracteriza por considerar que la categoría “garantía institucional” tendría vigencia y utilidad única y exclusivamente para designar aquellos institutos jurídicos que no son derechos fundamentales y que no guardan ninguna relación con ellos; o con aquella otra que podríamos llamar tesis positiva moderada, conforme a la cual, si bien no es posible o, en todo caso, carece de toda utilidad práctica aplicar la categoría conceptual en cuestión a los derechos fundamentales, no hay en cambio ningún problema en aplicarla a los distintos institutos jurídicos constitucionalmente reconocidos, sean estos conexos o no a derechos fundamentales.

Es precisamente a ésta última tesis *positiva moderada* a la que personalmente nos adherimos por considerar que es la que más se ajusta a la necesidad de protección efectiva de los institutos jurídicos reconocidos en la Constitución, y la que permite incorporar dentro de su ámbito de aplicación a las diversas instituciones de derecho público y privado –algunas de las cuales han sido mencionadas a lo largo de los párrafos precedentes–, incluida claro está la institución del matrimonio, la misma que, como hemos adelantado, es una institución conexas al derecho a contraer matrimonio o *ius connubii*.

Luego de haber esbozado someramente el significado y alcances en la actualidad de la categoría “garantía institucional”, creemos estar en condiciones de abocarnos al tratamiento concreto del matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada.

Capítulo III
LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO EN LA
CONSTITUCION PERUANA DE 1993

1. El matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada: El reconocimiento de un instituto básico para la vida de la comunidad.

Al sostener el Tribunal Constitucional en su STC N° 2868-2004 el carácter de “garantía institucional” o de “instituto jurídico constitucionalmente garantizado” del matrimonio, no hace otra cosa que reconocer que el constituyente habría asumido la figura del matrimonio como una de las instituciones básicas y arquitecturales para la vida social de la nación peruana, estableciendo –en consecuencia– límites claros a los poderes públicos y en particular al legislador ordinario en el desarrollo de dicho instituto natural, evitando así que a través del ejercicio de la potestad regulatoria concedida en el segundo párrafo del artículo 4° de la Constitución, el instituto del matrimonio termine desnaturalizado y despojado de sus rasgos esenciales, en otras palabras, vaciado de contenido y de identidad.

En esta misma línea podemos afirmar –siguiendo a Bustos Pueche⁴⁶– que la razón de constitucionalizar la institución matrimonial mira más al bien común que al bien particular del individuo. Es un elemento configurador de la sociedad, se integra en su cultura, hace reconocible una civilización y, por ello, el constituyente decide reconocerla y ampararla en la Constitución a fin de preservarla en sus rasgos básicos y esenciales.

Según lo antes dicho, existirían en el artículo 4° de la Constitución unos particulares concepto y contenido del matrimonio constitucionalmente garantizados y que el legislador de desarrollo se vería obligado a respetar, bajo riesgo de incurrir en una regulación inconstitucional. Sin embargo, ante esta aseveración, surge inmediatamente la necesidad de plantearse las siguientes preguntas: *¿cuáles son esos rasgos básicos o*

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 87.

esenciales del matrimonio que son inmunes a la acción del legislador?; y más específicamente en la línea marcada por los objetivos de este trabajo: ¿será el carácter heterosexual de la unión matrimonial uno de esos rasgos esenciales y característicos de la institución?. En otras palabras, ¿la supresión de la heterosexualidad afectaría al núcleo básico de la institución matrimonial tal como ha sido concebida en la Constitución peruana de 1993?.

Como se ha visto, en la Constitución peruana no se hace ninguna referencia expresa a la estructura subjetiva de la institución matrimonial (en el sentido de si dicha estructura debe ser o no necesariamente heterosexual), limitándose a señalar que la comunidad y el Estado promueven el matrimonio y que éste último –al igual que la familia– es un instituto natural y fundamental de la sociedad.

Es sólo a nivel infraconstitucional, específicamente en el artículo 234° del Código civil de 1984, donde se exige expresamente la diferencia de sexos como presupuesto de la unión matrimonial:

Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Sobre el particular los partidarios del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo⁴⁷, han señalado que para determinar quién puede o no contraer matrimonio en el Perú, es fundamental recordar que la ley ordinaria debe seguir lo establecido por la Constitución y no al revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho, por lo que pretender sacar el diseño constitucional a partir de la ley ordinaria equivaldría a un error metodológico grave. Sin embargo, sobre esto último debemos precisar que, si bien dicha afirmación es en principio correcta, no es menos cierto que en el Perú el artículo 234° del Código civil ya existía a la fecha en que la Carta magna

⁴⁷ J. D. PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 100. Cit. por E. VARSÍ ROSPIGLIOSI Y M. CHAVES, *Legalidad del matrimonio ...*, cit., p. 39.

de 1993 fue promulgada, circunstancia esta que tiene un peso singular al momento de interpretar los alcances y significado del artículo 4° de nuestra Constitución, lo cual no implica en modo alguno violentar el principio de supremacía constitucional.

Por tales razones –evitando incurrir en el error metodológico antes advertido, pero a su vez dejando constancia que la pre-existencia del Código civil peruano frente a la Carta magna vigente no debe ser pasada por alto– intentaremos determinar los rasgos básicos de la institución del matrimonio y, en consecuencia, dar respuesta a las interrogantes planteadas en este acápite, partiendo de lo establecido en la Constitución peruana de 1993, para lo cual seguiremos el siguiente itinerario: En primer lugar, y de manera congruente con el desarrollo conceptual de la categoría de las instituciones constitucionalmente garantizadas, nos abocaremos en este capítulo a descubrir o detectar la “imagen” de la institución jurídica del matrimonio en nuestra cultura jurídica. Seguidamente, en el capítulo posterior, intentaremos descubrir el significado que en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú tiene la calificación del matrimonio como “instituto natural y fundamental de la sociedad”, para lo cual proponemos trascender los límites del mero derecho positivo –entendido como derecho “puesto” por el hombre– para hurgar en los terrenos del muchas veces olvidado Derecho natural, cuyo fundamento se encuentra en la propia naturaleza humana; o si se prefiere, en la condición de “persona” –en el sentido ontológico del término– inherente a todo ser humano. Por último, luego de descubrir el concepto del matrimonio según la imagen del mismo en nuestra cultura jurídica y el significado de la especial calificación de “instituto natural” que aquél recibe en la Constitución peruana, nos abocaremos al análisis del “deber de promoción” de la institución matrimonial que el constituyente ha impuesto a la comunidad y al Estado y, en particular, a las razones de dicha imposición. Para alcanzar tales objetivos, proponemos una interpretación predominantemente teleológica que permita descubrir el sentido y finalidad propios de la institución constitucionalmente garantizada, sin que ello signifique prescindir del recurso a otras técnicas y métodos de interpretación jurídica universalmente reconocidos.

2. La “imagen” de la institución del matrimonio en nuestra cultura jurídica.

Hemos dicho que la categoría “garantía institucional” tiene por finalidad asegurar la preservación de la imagen comúnmente aceptada de la institución constitucionalmente reconocida, en la cultura jurídica de un país. En consecuencia, para determinar los rasgos básicos o esenciales del matrimonio en la Constitución política de 1993, habrá que identificar, en primer término, cuál es la imagen que de dicho instituto se tiene en la cultura jurídica peruana.

A. *Cultura jurídica y criterios para su determinación.*

La cultura jurídica puede ser definida como el conjunto de actitudes, valores, creencias y expectativas con relación al Derecho y al sistema jurídico compartidas en una comunidad, pudiendo ser desdoblada en lo que Friedman⁴⁸ llama *cultura jurídica interna*, que es aquella propia de los que cumplen actividades especializadas, es decir, de quienes se relacionan profesionalmente con el Derecho, y *cultura jurídica externa*, aquella propia y común a toda la población.

En similar sentido, Ferrajoli⁴⁹ señala que por cultura jurídica podemos entender la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas –en sentido estricto– y filósofos del Derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; y, en tercer lugar, el sentido común relativo al Derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad. Los dos primeros enfoques corresponderían a lo que Friedman denomina cultura jurídica interna, mientras que el tercer y último enfoque, constituiría la cultura jurídica externa.

⁴⁸ L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna: Il Mulino, 1978, p. 371. Cit. por G. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991, pp. 261-262.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 15.

Ambos tipos de cultura jurídica –interna y externa– cumplen un papel peculiar y la una complementa a la otra. En palabras de Bidart Campos “es menester una cultura jurídica interna, como un horno de elaboración, temperatura, y mantenimiento de la doctrina de los derechos [y de la doctrina jurídica toda]; pero si esa cultura no se vuelve externa y circula en el resto de la sociedad no especializada, el aporte es muy fragmentario”. A su vez, sostiene el citado autor, “parece recomendable que la culturización jurídica externa sea tributaria de la interna”.⁵⁰

En este sentido, la imagen que de la institución del matrimonio se tiene en nuestra cultura jurídica interna, que es la que en definitiva –al volverse generalmente externa y construirse en cierta medida de esta– circula en una comunidad determinada, podrá ser detectada en la doctrina jurídica del país, que es aquella doctrina elaborada por la comunidad de juristas o profesionales del Derecho; aunque como se verá más adelante, tratándose del matrimonio, dichas elaboraciones doctrinarias han tenido siempre en consideración la realidad de dicho instituto natural, a tal punto que las definiciones ofrecidas por la doctrina jurídica presentan una notable coincidencia –por decir lo menos– con la concepción común u ordinaria que se tiene del matrimonio.⁵¹

En una acepción amplia, la comunidad de juristas está conformada por todos aquellos que ejercen alguna profesión jurídica⁵²; es decir, por los juristas en sentido estricto (incluidos los filósofos del Derecho), pero también por los magistrados y los otros operadores jurídicos⁵³, quienes en conjunto comparten ciertas actitudes, valores y

⁵⁰ G. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos ...*, cit., p. 262.

⁵¹ En este sentido se ha dicho que la palabra matrimonio carece de un significado específicamente jurídico, distinto del ordinario o no jurídico y que, antes bien, el significado jurídico y el ordinario coinciden plenamente. Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el “matrimonio” entre personas del mismo sexo*. En: C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ Y P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid: Rialp, 2007, p. 39.

⁵² La palabra “jurista” se deriva del latín *ius*, que es como llamaban los romanos al derecho. En este sentido, juristas son quienes se dedican al derecho (al *ius*). Según esto, jurista es, sencillamente, el *hombre de derecho*, el hombre que sabe derecho y, en definitiva, es aquél profesional que se dedica a develar qué es lo justo en las relaciones sociales, en la sociedad; es, por así decirlo, el *técnico de la justicia*, el que sabe de lo justo y de lo injusto. Cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?. La moderna respuesta del realismo jurídico*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 2-7.

⁵³ En similar sentido, J. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de familia*, Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 59.

creencias con relación a su profesión; en otras palabras, comparten cierta cultura jurídica interna.

Esta cultura jurídica interna, compartida por la comunidad de juristas, estará constituida, como es evidente, no sólo por los rasgos culturales propios de dicha comunidad, es decir, del país o región a la que pertenecen; sino también por aquellos rasgos culturales propios de la tradición jurídica occidental de la que es heredera. De esta manera, en la labor de determinación de la imagen del matrimonio arraigada en la cultura jurídica interna peruana, habrá de tenerse en consideración, por un lado, la noción de matrimonio preponderante en la doctrina jurídica nacional y extranjera, así como la noción que de aquella institución jurídica se encuentre reflejada en la doctrina del Tribunal Constitucional peruano sobre el artículo 4º de la Carta magna (supremo intérprete de la Constitución), y en la actividad de los otros operadores jurídicos, llámense jueces o legisladores.

B. La “imagen” del matrimonio en la cultura jurídica occidental.

Con relación a la noción de matrimonio preponderante en la doctrina jurídica, se ha dicho⁵⁴ que el modelo matrimonial que caracteriza la denominada tradición de pensamiento occidental europeo (de la que somos herederos en América Latina), tiene sus principales fuentes –y de esto no cabe duda alguna– en el Derecho romano y en el Derecho canónico, aunque los autores no se ponen de acuerdo sobre el papel y el grado de influencia ejercido por cada una de éstas. Así, mientras que algunos han llegado a afirmar que la institución del matrimonio romano constituye la más grande de las creaciones de su genio jurídico⁵⁵, otros sostienen todo lo contrario y postulan que no es posible hablar de un derecho clásico romano en esta materia, sino que lo clásico, en lo

⁵⁴ Cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*, En: A. MORALES (Ed.), *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad*, Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007, pp. 33-34.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 34.

que respecta al régimen jurídico del matrimonio, sería el Derecho canónico⁵⁶, posición esta última a la que nos adscribimos.

En las fuentes romanas se conservan dos definiciones de matrimonio, ambas aplicables, en su esencia, a la época clásica. La primera, es la contenida en el Digesto y atribuida a Modestino; la otra es la que se recoge en las Instituciones de Justiniano. Esta última es quizás la que mayor eco ha obtenido entre todas las formuladas sobre la institución, pues a su difusión ha contribuido su aceptación por el Derecho canónico medieval y su inclusión en el Decreto de Graciano y las Decretales⁵⁷.

Para Modestino⁵⁸, el matrimonio es “*una unión de un hombre y una mujer, una comunidad para toda la vida, y una puesta en común del derecho divino y el derecho humano*”, mientras que en las Instituciones de Justiniano⁵⁹, el matrimonio se configura como “*la unión de un hombre y una mujer, que comporta una vida en común*”.⁶⁰ Se advierte de ambas nociones el carácter heterosexual y monógamo de la unión y su naturaleza comunitaria, como elementos claramente característicos del matrimonio en todas las etapas del Derecho romano, incluida la época pre-cristiana⁶¹. Por su parte, la referencia al *consortium omnis vitae* en la definición de Modestino, debe ser interpretada, en el derecho clásico, en el sentido de que no se concebía que los esposos

⁵⁶ En este sentido Navarro-Valls sostiene que el modelo de matrimonio que hace unos dos mil años comenzó a vivir Occidente es un modelo profundamente influenciado por el cristianismo y su traducción legislativa que es el matrimonio canónico. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad*. En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Granada: Comares, 2008, p. 41. En la misma línea De Pablo sostiene que “en la cultura occidental, la primera conceptualización verdaderamente jurídica del matrimonio se debe al Derecho de la Iglesia Católica. El Derecho canónico, en efecto, frente a la concepción romana del matrimonio como una situación de hecho, lo configura como una relación o vínculo entre marido y mujer al que se accede por obra de la voluntad concorde de los esposos, esto es, en virtud de un acto también jurídico.” P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio y el derecho civil*. En: C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et alii*, *Curso de Derecho Civil...*, cit., p. 54.

⁵⁷ En efecto, se ha dicho que la definición más utilizada por teólogos y canonistas ha sido la de Justiniano, pero con algunos retoques. En este sentido, se ha señalado que tanto el Decreto de Graciano como las Decretales recogen la definición justiniana, sin más cambios que la sustitución de *continens* por *retinens*. Cfr. J. HERVADA, *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona: Eunsa, 2000, p. 30.

⁵⁸ Digesto 23.2.1: Modestinus 1 reg. *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.

⁵⁹ Institutas 1.9.1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*.

⁶⁰ Traducciones tomadas de: A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, cit., p. 36.

⁶¹ En efecto, la definición de Modestino corresponde al Derecho romano clásico que va del año 130 A.C. al año 230 D.C.

acordasen permanecer unidos un periodo de tiempo determinado, pero no a la indisolubilidad del vínculo, dado que la posibilidad de disolver el matrimonio, en el supuesto que no se mantuviese por los esposos la *affectio maritalis*, era una solución inherente a la propia naturaleza fáctica de la institución⁶².

Es sólo en la etapa postclásica y justiniana cuando se configura como elemento esencial del matrimonio el consentimiento inicial que refleja la voluntad de los cónyuges, el formalismo se superpone a la *affectio* y, en consecuencia, empiezan a restringirse las causas y aumentan las dificultades para disolver el vínculo matrimonial.⁶³

En esta época, el matrimonio entre cristianos siguió siendo un matrimonio civil sobre el que tenían competencia las autoridades civiles.⁶⁴ Es recién en el siglo X de nuestra era cuando la regulación del matrimonio pasó a ser de competencia exclusiva de la Iglesia. En efecto, el derecho matrimonial canónico se construyó a partir del Derecho romano, del Derecho germánico y también del Derecho judío, tras una formación lenta⁶⁵ que logro completarse en el Decreto de Graciano y las Decretales (Corpus Iuris

⁶² En el derecho romano clásico el matrimonio es entendido como una mera situación de hecho, que se constituye por el inicio de la convivencia entre dos personas de distinto sexo, y se mantiene por la intención de conservar la unión.

⁶³ En este mismo sentido, Llamazares precisa que en esta etapa se produce una evidente juridificación del matrimonio que pasa a ser un auténtico negocio jurídico, desapareciendo la libertad de forma de la época anterior. Cobra cada vez mayor importancia el consentimiento inicial y, aunque el matrimonio sigue siendo disoluble, no basta para su disolución el consentimiento de los cónyuges o la desaparición de la *affectio maritalis*, sino que se requerirá siempre un acto de gracia. En opinión del autor, esto último sería consecuencia más de la juridificación que de la influencia de la concepción cristiana del matrimonio como indisoluble. Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Condición y Matrimonio en el Derecho canónico*, León: Colegio Universitario de León, 1976, pp. 28-30.

⁶⁴ En palabras de De Pablo, “el cristianismo empieza exigiendo a sus fieles su doctrina sobre el matrimonio como preceptos de índole moral, aceptando, por lo demás, la disciplina romana. Es famosa, en ese sentido, la decisión del Papa Calixto (217-222) avalando la unión conyugal de cristianas patricias con varones de clase inferior o incluso esclavos, que (...) la regulación romana no consideraba matrimonio, sino *concubinatus* o *contubernium*, respectivamente.” P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio y el derecho...*, cit., p. 55.

⁶⁵ Sobre este proceso, Cornejo Chávez comenta que “en los primeros siglos de la era cristiana, el nuevo Derecho transige con el matrimonio civil de los romanos (y también de los bárbaros) para hacer más accesible el casamiento a los humildes y combatir el concubinato. Luego, hacia el siglo VI, comienza a fusionarse la legislación civil con la canónica; y tres siglos más tarde la Iglesia toma el matrimonio bajo su exclusiva regulación, hecho que se reafirma con las disposiciones adoptadas por los concilios de Letrán (s. XIII) y de Trento (s. XVI)”. H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano. Tomo I*, Lima: Studium, 1985, p. 63.

Canonici)⁶⁶. En tal sentido, no es correcto sostener que el matrimonio canónico deriva exclusivamente de la concepción romana de la institución, pues lo cierto es que el Derecho canónico refundió tan profundamente todos los elementos antes mencionados que dio lugar a un instituto nuevo, tal como pasó luego a entenderse en nuestra cultura occidental.⁶⁷

Tanto en la concepción tradicional canónica (que todavía se mantenía en el canon 1013 del CIC de 1917) como en la concepción incorporada en el código vigente (canon 1055 del CIC 1983), el matrimonio es una alianza necesariamente heterosexual y para toda la vida, elevada por Cristo a la dignidad de sacramento entre bautizados. En esta línea, Bernárdez Cantón propone la siguiente definición de matrimonio: “Consortio de toda la vida constituido entre varón y mujer, mediante el pacto matrimonial, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”⁶⁸; la cual tiene la ventaja de ofrecer los elementos constitutivos y las propiedades esenciales del matrimonio canónico (unión de un hombre y una mujer en un consorcio para toda la vida; es decir, heterosexualidad, unidad o monogamia e indisolubilidad), así como sus fines inherentes (ordenación a la prole y el bien de los cónyuges).

Esta concepción parte de la idea de que todo matrimonio –y no sólo el canónico– precede al Derecho positivo, por ser una realidad inherente a la naturaleza personal y social del hombre, lo que significa que su esencia y características están determinadas por el Derecho natural. En este sentido, se ha dicho que “el instituto matrimonial no es una mera creación de la legislación positiva, como pudiera serlo la propiedad horizontal o la letra de cambio, cuya existencia y configuración dependen de una opción del legislador. Lo que el matrimonio es nuclearmente constituye una exigencia de la propia naturaleza humana. Es una institución de Ley natural, [en la que ésta] determina sus

⁶⁶ Colección de normas canónicas de la Iglesia Católica, formada a su vez por varias colecciones compuestas entre 1140 y 1503, entre las que cabe destacar el Decreto de Graciano, las Decretales de Gregorio IX, el Liber Sextus, La Clementinae, las Extravagantes de Juan XXII y las Extravagantes comunes.

⁶⁷ En el mismo sentido, J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona: Euns, 1995, 7º ed., p. 19.

⁶⁸ A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid: Tecnos, 1998, 9º ed., p. 23.

elementos básicos.”⁶⁹ De este modo, el ordenamiento jurídico canónico habría realizado un esfuerzo extraordinario para indagar las exigencias naturales de la institución matrimonial, tal y como son reclamadas por la dignidad de la persona humana.⁷⁰

Como enseña Cornejo Chávez, “durante varias centurias, el matrimonio y las cuestiones derivadas de él serán consideradas universalmente como de exclusiva competencia de la Iglesia, y ésta los sujetó a una regulación exhaustiva que prácticamente nada dejó de prever y en cuyo acierto debe hallarse la causa de su extraordinaria perduración”.⁷¹ Sin embargo, más tarde y como consecuencia de la secularización que se inicia con la reforma protestante, se produce la re-adquisición del Derecho matrimonial por la autoridad civil, pero en esta etapa será el matrimonio canónico, y no propiamente el romano, el punto de partida para la formulación del “nuevo” matrimonio civil.

Esto último determinó que en los inicios de ese proceso de secularización, la regulación civil del matrimonio sea idéntica –en lo que a las propiedades y fines esenciales se refiere– a la regulación canónica de la institución, lo cual implica que el matrimonio, ahora de competencia civil o estatal, seguiría entendiéndose como una institución natural, pero desprovisto de sacramentalidad⁷². En este sentido es posible afirmar, válidamente además, que en materia de regulación del matrimonio lo clásico no es el derecho romano, sino más propiamente el derecho canónico.

Posteriormente, ya en el siglo XIX y luego de la Revolución Francesa, el Código de Napoleón de 1804 reguló el matrimonio como institución exclusivamente civil –lo cual

⁶⁹ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, cit., p. 22.

⁷⁰ Lo cual significa que la elevación del matrimonio a la dignidad de sacramento no supone la alteración de la naturaleza del pacto matrimonial; implica, por el contrario, la incorporación de este instituto natural al orden sobrenatural de la gracia. Es el mismo negocio jurídico matrimonial, ordenado por el Derecho natural, el que adquiere el rango de sacramento cuando se contrae entre bautizados y el que de esta forma queda instituido como signo sensible que confiere la gracia. Cfr. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial ...*, cit., pp. 17-27.

⁷¹ H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar...*, cit., p. 63.

⁷² En palabras de Gonzalez del Valle, el matrimonio es “una institución natural, que tiene, no obstante, para los bautizados la dimensión de sacramento. Pero esa sacramentalidad propia del matrimonio de los bautizados ningún valor resta al matrimonio como institución natural, ni el matrimonio sacramental es algo *distinto* del matrimonio natural, sino [que es] algo *más* que el matrimonio natural.” J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial...*, cit., p. 19.

no implicó negar su carácter de instituto natural⁷³– sirviendo de modelo a gran parte de países de Europa y América⁷⁴, pero conservando ciertas características esenciales del matrimonio canónico como la unidad y la heterosexualidad⁷⁵; aunque abriéndose también la posibilidad de disolución por decisión de la autoridad civil, siempre que se den determinadas circunstancias; es decir, siempre que medie –y se compruebe– algunas de las causales establecidas de antemano por el legislador.

C. El “nuevo” matrimonio civil y la supresión de la estabilidad y de la heterosexualidad en algunos (pocos) ordenamientos jurídicos: Entre el “efecto blindaje” y el “efecto dominó”.

No obstante lo antes señalado, debemos reconocer que la introducción de una normativa propia para el matrimonio civil, trajo consigo un progresivo distanciamiento de su regulación canónica, llegando incluso a desaparecer, en algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos, la indisolubilidad –entendida como estabilidad– y la heterosexualidad como características esenciales de la institución civil.

Sin embargo, aún en aquellos países en los que el derecho positivo ha roto toda posibilidad de identificación entre matrimonio canónico (por ende también natural) y matrimonio civil, dicha regulación ha sido advertida por un importante sector de la doctrina como una ruptura clara con la imagen característica de la institución matrimonial y como un vaciamiento de su contenido básico o esencial.

Sobre el particular y con relación a la Ley 15/2005 de 08 de julio, por la que se incorpora en España el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges –

⁷³ Es clásica la definición de Portalis, según la cual el matrimonio es la “sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino”. Cfr. J. PORTALIS, *Discurso preliminar del Código Civil francés de 1804*. Al que remiten también A. COLIN Y J. H. CAPITANT, *Derecho civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces*, México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002, p. 74.

⁷⁴ Sobre la influencia del Código Civil francés en la legislación de numerosos países europeos y americanos revisar C. G. FRONTERA, *El código civil francés*. En: J. H. ALTERINI *et alii*, *La Codificación: Raíces y prospectiva. Tomo I. El Código Napoleón*, Buenos Aires: Educa, 2003, p. 113.

⁷⁵ Sobre el particular, Cornejo Chávez precisa que esto “no puede llamar la atención, si se recuerda que, como lo hizo De Bernardi al iniciarse la obra legislativa de Napoleón, el Derecho Canónico perfeccionó a tal punto esta materia [derecho matrimonial] que las legislaciones civiles no han hecho sino copiarlo”. H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar...*, cit., p. 66.

conocida en ese país como ley del divorcio *express*-, Llamazares Fernández⁷⁶ ha afirmado que “esta ley implica una modificación sustancial del concepto de matrimonio, [pues] la indisolubilidad desaparece como característica del matrimonio.” En la misma línea, el citado autor añade que “en la concepción anterior todavía se partía de ese principio como principio general; la disolución era una excepción, más o menos generosa, pero excepción al fin. Ahora se invierte la regla y el divorcio deja de ser una excepción (...) se produce un gran vaciamiento del contenido jurídico del contrato... [y] desaparecen también sus rasgos de institución...”.⁷⁷ En el mismo sentido, Rodríguez Chacón⁷⁸ ha manifestado que la nueva configuración del divorcio en el Derecho español “viene a desdibujar de modo básico las diferencias conceptuales entre matrimonio y unión de hecho, por la vía de convertir en la práctica a la unión conyugal en una simple variante de la fáctica”, afirmando que “cuando hablamos de matrimonio parece que lo característico es la idea de compromiso personal (...) que dos personas asumen, [pero] la cuestión es hoy si ese compromiso puede calificarse o no de jurídico, pues aquello que se puede romper *ad libitum* difícilmente puede calificarse como compromiso jurídico. Incluso será difícil calificarlo como compromiso a secas.”⁷⁹

⁷⁶ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*. En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Granada: Comares, 2008, pp. 18-19.

⁷⁷ Sobre el particular Jordán Villacampa manifiesta que “los artículos 81 al 86 [de la Ley 15/2005] al posibilitar que cualquiera de los dos cónyuges, unilateralmente y sin causa alguna, por su propia decisión y voluntad puedan solicitar la separación y/o el divorcio (...) modifican en definitiva la naturaleza jurídica del matrimonio convirtiéndolo en un contrato dispositivo al igual que las uniones matrimoniales de hecho”. Los citados preceptos, –continúa la autora– “vacían, si cabe, aún más el contenido de la institución matrimonial civil puesto que el incumplimiento de obligaciones por parte de la pareja no implica efecto alguno respecto de los efectos primarios del matrimonio, lo que desde la óptica de las características de la norma jurídica resulta una incongruencia”. Asimismo, es ilustrativa la posición de la autora cuando señala que “posibilitar una separación y un divorcio, sin causa, es algo que ni tan siquiera el legislador de la Segunda República se atrevió a acometer. Ciertamente son otros tiempos pero, sin duda, los homínidos, continuamos participando de la misma naturaleza hasta que se produzca una mutación. En ese sentido, la historia muestra cómo algunos países al posibilitar el divorcio libre [refiriéndose a lo ocurrido en la antigua Unión Soviética] sufrieron un descenso notable de la natalidad, lo que les exigió la necesidad de proteger la estabilidad de la pareja matrimonial para posibilitar y fomentar el desarrollo de la familia y el nacimiento de los hijos”. M. L. JORDÁN VILLACAMPA, *El divorcio en España: La Ley 15/2005, de 8 de julio*. En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio...*, cit., pp. 92-100.

⁷⁸ No sin cierta ironía, el autor señala que “opinar que el matrimonio debe quedar circunscrito al campo de lo moral (...) es sin duda una opción intelectualmente posible. Pero entonces lo que tal vez sobre sea incluir la regulación del matrimonio en el Código civil...” R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *La reforma matrimonial de 2005 en materia de separación y divorcio (La supresión de las causas de separación y divorcio operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)*. En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio...*, cit., pp. 116.

⁷⁹ Martínez de Aguirre, refiriéndose a esa falta de compromiso jurídico real del matrimonio en España, consecuencia de la dación de la Ley 15/2005, ha señalado que “En la vigente regulación del matrimonio, los deberes conyugales, con la única excepción del deber de socorro en su vertiente patrimonial, carecen

Desde luego que podría responderse a esos cuestionamientos afirmando que la regulación del divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges encuentra plena explicación desde la idea de la autonomía de la voluntad de la persona: si los individuos pueden, en ejercicio de su autonomía privada, dar lugar a la formación del matrimonio, debieran también tener la posibilidad de extinguirlo por mutuo disenso o incluso de manera unilateral. El problema sin embargo, como advierte Martínez de Aguirre⁸⁰, es que en ese caso el matrimonio pasa de ser, de más que un contrato, a mucho menos de cualquier contrato.

En cuanto a la eliminación del requisito de la heterosexualidad y consiguiente apertura de la institución del matrimonio para que puedan contraerlo personas del mismo sexo, el panorama es similar. También en España, pero esta vez con relación a la Ley 13/2005 de 01 de julio, por la que se modifica el código civil español para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, autorizada doctrina se ha pronunciado en el sentido de señalar que la referida ley implica una “radical reforma rupturista no sólo con la tradición religiosa (...), sino con la tradición social y jurídica de la que tenemos constancia desde la Roma clásica precristiana hasta nuestros días.”⁸¹ Asimismo, no son pocos los autores que han afirmado que la Ley 13/2005 constituye una clara vulneración de la garantía institucional del matrimonio recogida en el artículo 32º de la Constitución

prácticamente de relevancia jurídica, ya que su incumplimiento no provoca ninguna consecuencia jurídica: ni se conceden mecanismos de reacción al cónyuge cumplidor, ni el cónyuge incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento. De ahí que se tienda a calificar dichos deberes, crecientemente, como deberes de naturaleza exclusivamente ética, moral o social, pero no como obligaciones estrictamente jurídicas. Y si lo único que hay es un deber recíproco de socorrerse patrimonialmente, eso se parece más a una sociedad que a un matrimonio.” C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *El matrimonio deconstruido*. En: G. GARCÍA CANTERO *et alii*, *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Madrid: Thomson-Aranzadi, 2007, p. 104.

⁸⁰ Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Separación y disolución del matrimonio*. En: C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.) *et alii*, *Curso de derecho Civil...*, cit., p. 166.

⁸¹ J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Madrid: Dykinson, 2010, 4º ed., p. 39. En similar sentido, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid: Tecnos, 2006, 10º ed., p. 61. Quienes sostienen que “para la realización de los fines humanos, nuestras costumbres y el sistema social que profesamos y en el que vivimos conllevan a la unión permanente de personas de distinto sexo, que se encauza a través de la figura institucional del matrimonio. El artículo 32 de la Constitución dice que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*” y que “*la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”. Así transcurrirían las cosas hasta la promulgación de la Ley 13/2005, de 01 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que lo autoriza entre personas del mismo sexo.”

española⁸², lo cual, como es evidente, implica afirmar su carácter inconstitucional.⁸³ Por si fuera poco, a la fecha en que se escriben estas líneas, está pendiente el pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional español sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la mencionada ley por el Partido Popular, a la sazón, hoy partido de gobierno.⁸⁴

Dentro del continente americano, cabe mencionar la Ley N° 26618 promulgada el 21 de julio de 2010, por la que –vía reforma del artículo 172° del código civil de Vélez

⁸² Ver por todos J. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución...*, cit., pp. 76-77. En esta interesante monografía, luego de un prolijo análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial, el autor concluye que “lo antedicho conduce a responder afirmativamente acerca de si el presupuesto de la heterosexualidad forma o no parte del núcleo objetivo de la institución del matrimonio, en la concepción que de la misma asume la Constitución” y continúa precisando que “a la misma conclusión se llega si, descartando aquí el recurso a la categoría de la garantía institucional, se adopta más bien el enfoque metodológico que parte directamente, en el marco de la idea de la Constitución normativa, de la posibilidad de detectar un contenido esencial del concepto constitucional *matrimonio*, afirmándose igualmente, en última instancia, la presencia en dicho contenido del requisito de la heterosexualidad. La consecuencia lógica de esta afirmación no puede ser otra que la de la más que probable inconstitucionalidad de la supresión de este requisito en vía legislativa”. En similar sentido los trabajos de los profesores Martínez de Aguirre: “Perspectivas sobre el ‘matrimonio’ entre personas del mismo sexo” y De Pablo Contreras: “La Constitución y la Ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, ambos publicados en el volumen C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ Y P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid: Rialp, 2007. También Martínez Vázquez de Castro comenta que “no parece descabellado (...) entender que el art. 32 de la Constitución contiene en sí una serie de elementos que podrían ser considerados como pertenecientes a su contenido esencial. La no aceptación de estos elementos significaría sencillamente que nos estaríamos ocupando de otra realidad a la que no podríamos llamar matrimonio.” Preguntándose sobre si la heterosexualidad formaría parte de ese contenido esencial, se responde: “lo que parece claro es que sin la misma [heterosexualidad] no es socialmente reconocible la institución matrimonial si ambos contrayentes son del mismo sexo.” L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *El concepto de matrimonio...*, cit., pp. 124-125.

⁸³ En este sentido, se ha dicho que “dado el tenor literal del art. 32.1 CE (...), la solución legislativa de esta ley 13/2005 resulta de muy discutible constitucionalidad”. J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil...*, cit., p. 12. Sobre el particular, Seoane Prado comenta que incluso antes de la promulgación de la Ley 13/2005, la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo fue puesta en cuestión por tres informes elaborados por tres importantes instituciones jurídicas de España. El primero en el tiempo es el elaborado por el Consejo de Estado dentro de su función de informe de los proyectos de ley, de fecha 16 de diciembre de 2004, el segundo el elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, de 26 de enero de 2005 y finalmente el emitido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Como señala el autor “todos estos dictámenes son contrarios a la iniciativa legal del Gobierno, y en su fundamentación se hace constante referencia a su posible inconstitucionalidad...” Cfr. J. SEOANE PRADO, *Matrimonio, familia y constitución*. En: J. ALVENTOSA DEL RIO (Dir.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 99-100. En el mismo volumen se puede encontrar un interesante análisis sobre el contenido y línea argumental de los tres informes jurídicos antes mencionados, ver: J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el derecho español*. En: J. ALVENTOSA DEL RIO (Dir.), *Matrimonio y adopción...*, cit., pp. 367-407.

⁸⁴ Sobre los problemas que, más que seguro, podría generar la excesiva demora del Tribunal Constitucional español en emitir sentencia, ver C. ROGEL VIDE E I. ESPÍN ALBA, *Derecho de la familia*, Madrid: Reus, 2010, p. 30.

Sarsfield– se introdujo en Argentina, tras una fuerte oposición, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta reforma legislativa suscitó innumerables críticas provenientes de diversos sectores de la sociedad argentina y numerosos juristas de ese país se han pronunciado denunciando, sin ambages, su inconstitucionalidad⁸⁵.

Por otro lado, sin perjuicio de los cuestionamientos doctrinales y de orden constitucional a la supresión, por vía legislativa, de la estabilidad y de la heterosexualidad en algunos pocos ordenamientos jurídicos⁸⁶; cabe resaltar que recientemente un sector de la doctrina⁸⁷ ha advertido sobre la existencia, en determinados países de Europa y América, de un claro proceso caracterizado por el retorno a la estabilidad del matrimonio⁸⁸ y por la defensa legislativa de la heterosexualidad⁸⁹, fenómeno éste que necesariamente debe ser tenido en consideración

⁸⁵ Es la posición sostenida –por citar algunos ejemplos concretos– por Limodio, Basset, Arias de Ronchietto, Sambrizzi, Pastore, Lafferriere, entre otros. Ver los trabajos contenidos en G. LIMODIO *et alii*, *El Matrimonio. Un bien jurídico indisponible*, Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2010.

⁸⁶ A la fecha, de los 192 países reconocidos ante la ONU, sólo 10 han incorporado a sus respectivas legislaciones nacionales el denominado “matrimonio” entre personas del mismo sexo: Países Bajos (Holanda), Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia y Argentina. Por otro lado, se encuentran algunas provincias o estados federales en: Estados Unidos (sólo 5 Estados: Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont y New Hampshire; además del Distrito de Columbia); México (sólo México D.F., que representa tan sólo el 8% de la población de la República de México) y Brasil (sólo el Estado de Alagoas).

⁸⁷ R. NAVARRO-VALLS, *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad...*, cit., pp. 43-50. También C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Familia, sociedad y ...*, cit., p. 30.

⁸⁸ Refiriéndose a Estados Unidos, Navarro-Valls comenta que “el hábitat geográfico líder en roturas matrimoniales comienza lentamente a proteger la estabilidad matrimonial con el llamado ‘matrimonio a la carta u opcional’. Concretamente, varios Estados de la Unión (Luisiana, Arizona y Arkansas) han establecido, junto al matrimonio fácilmente disoluble, otro opcional. Para las nuevas leyes, este último será ‘el contraído por un hombre y una mujer, que entienden y acuerdan que el matrimonio entre ellos es una relación para toda la vida’ (...) Configurar este matrimonio como una ‘relación para toda la vida’ implica resaltar su estabilidad esencial y es congruente con la finalidad de estas leyes, que no es otra, según sus precursores, que dotar al matrimonio de una estabilidad que no tiene en el panorama general norteamericano. Como se ha dicho, reflejan un desplazamiento desde las libertades fundamentales hacia ‘una resurrección de los valores tradicionales’, entre ellos la estabilidad de la familia.” *Ibidem*, pp. 44-45. En palabras de Martínez de Aguirre “la constatación de los perjuicios personales (para los cónyuges, pero sobre todo para los hijos) que causa la proliferación de rupturas matrimoniales, ha inducido a determinadas reacciones como son la puesta en marcha de mecanismos alternativos de solución de conflictos matrimoniales (básicamente, la mediación familiar), o la implantación en un número creciente de estados de los EEUU, como opción para los contrayentes, del llamado ‘matrimonio alianza’ (*covenant marriage*), caracterizado por una drástica limitación de las causas de divorcio.” *Ibidem*, p. 30.

⁸⁹ Como informa Martínez de Aguirre, “... desde 1996 está en vigor en los EEUU la *Defense of Marriage Act*, en cuya virtud, se entiende por matrimonio, a efectos interestatales, únicamente la unión entre un hombre y una mujer...” *Ibidem*, p. 30. De manera más extensa, Navarro-Valls comenta que “en los Estados Unidos 39 estados han promulgado leyes [que] definen expresamente el matrimonio como ‘unión legal de un hombre y una mujer’. 19 de estas leyes han sido aprobadas por referéndum. Siguen el ejemplo de la Ley Clinton de Defensa del Matrimonio (12 de julio 1996) que, a efectos federales, sólo concede

al momento de intentar caracterizar a la institución del matrimonio en la cultura jurídica de occidente.

En efecto, este escenario demuestra que, no obstante existir países en los que la estabilidad y la heterosexualidad del matrimonio han desaparecido por completo como rasgos esenciales y característicos de la institución en sus respectivos ordenamientos jurídicos; no es posible en modo alguno afirmar que, en el tiempo actual, se haya producido propiamente una mutación o transformación en la imagen característica de la institución del matrimonio en la cultura jurídica occidental, al punto que se pueda llegar a sostener –con carácter general– que la diferencia de sexos y la estabilidad del matrimonio sean, hoy por hoy, cuestiones accesorias, irrelevantes o totalmente superadas en el conjunto de creencias, valores o enfoques que constituyen la cultura jurídica interna de tradición occidental, y más concretamente –en lo que al matrimonio concierne– en la cultura jurídica de tradición romano–canónica, tal como se ha podido

vida legal al matrimonio heterosexual. Como en algún estado aislado (Massachusetts), la judicatura ha declarado inconstitucional este modelo, toda otra serie de ellos –concretamente 19– han introducido enmiendas a sus Constituciones para proscribir el modelo de matrimonio homosexual. (...) Por su parte, otras zonas anglosajonas están dando marcha atrás. Australia acaba de anular las nuevas leyes del Territorio de la Capital Australiana (Canberra), que permitían las uniones homosexuales. El Fiscal general, al impulsar esta anulación, ha dicho que la ley federal australiana deja claro que el matrimonio es sólo válido entre un hombre y una mujer. A su vez, el nuevo gobierno canadiense ha declarado su intención de presentar un proyecto de ley al Parlamento que derogue las vigentes leyes de matrimonio entre personas del mismo sexo. Latinoamérica ha reaccionado también mostrando su oposición al matrimonio homosexual. (...) Honduras ha modificado su Constitución para definir el matrimonio como ‘unión legal de hombre y mujer’. (...) El Tribunal de Costa Rica ha declarado inconstitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo. (...) En Europa, Letonia ha aprobado una enmienda constitucional (...) para definir explícitamente el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. En Italia la jurisprudencia ha declarado que no puede inscribirse en los registros civiles un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo. Francia ha entendido que son nulos los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en su territorio.” *Ibidem*, pp. 46-49. El último ejemplo en Europa de esta tendencia hacia la “defensa del matrimonio mediante la constitucionalización de la heterosexualidad” ha sido Hungría. El 25 de abril 2011 se aprobó en el Parlamento húngaro por 262 votos contra 44 (bastante más de los dos tercios exigidos) una nueva Constitución, que elimina los últimos residuos comunistas de la antigua de 1990. En lo que respecta al matrimonio, expresamente se establece la protección de la “institución del matrimonio, considerado como la unión natural entre un hombre y una mujer y como fundamento de la familia”. Anteriormente, la Constitución polaca de 1997 (artículo 18) definió el matrimonio exclusivamente como “la unión entre un hombre y una mujer”. A nivel jurisprudencial, en febrero de 2011 el Consejo Constitucional francés consideró que la prohibición del matrimonio homosexual, tal y como lo recoge el Código Civil, es conforme a la Constitución francesa. Cfr. Análisis efectuado para la agencia Zenit por Navarro-Valls y el Observatorio Jurídico para la Libertad. En: http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=20169 (último acceso: 14-06-2012).

advertir de los párrafos precedentes. Es más, en cuanto a la diferencia de sexo de los contrayentes, es posible afirmar que el “efecto blindaje” –defensa del matrimonio mediante la constitucionalización de la heterosexualidad– ha sido ampliamente mayor que el “efecto dominó” –apertura del “matrimonio” a las parejas del mismo sexo–.

D. La “imagen” del matrimonio en la cultura jurídica peruana.

Dicho esto y luego de haber realizado un somero análisis sobre la imagen de la institución del matrimonio en la tradición jurídica de raigambre occidental, pasemos ahora a ver cuál es la situación en el Perú.

Dado que la identificación de la imagen preponderante del matrimonio en la cultura jurídica peruana, debe partir –según dijimos– de la concepción occidental de la referida institución, no es nuestro objetivo intentar vislumbrar aquí la idea que de la familia y del matrimonio se tenía en el Perú andino o prehispánico. Sin embargo, nos permitimos una breve referencia al trabajo de Ortíz Caballero⁹⁰, en el cual se hace notar la gran similitud –e incluso identidad– entre ciertas características esenciales de la familia y del matrimonio andinos, con las propias del matrimonio colonial⁹¹.

Hecha esta aclaración, cabe recordar que, en España, el derecho matrimonial se

⁹⁰ R. ORTÍZ CABALLERO, *La familia indiana (apuntes sobre una institución jurídica durante el proceso de cambio del Derecho peruano en el siglo XVI*. En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA *et alii* (Ed.), *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1992, pp. 65-80. Trabajo dedicado al estudio de la familia andina o prehispánica, previa a la incorporación del derecho peruano a la órbita occidental, así como sobre el proceso de tránsito que pasó a ser conocido como “derecho indiano”. El autor aboga por la tesis de la pervivencia –ya sea por resistencia andina o por tolerancia española– de lo jurídico andino en el derecho colonial y, quizás, por ese conducto, en el derecho republicano, todo ello en lo que a la regulación de la familia y el matrimonio se refiere.

⁹¹ En esta línea, siguiendo a Rostworowski, Ortíz Caballero hace notar la idea –en el derecho andino– de la complementariedad entre los sexos, como un factor importante para la configuración familiar, porque a cada sexo correspondería una labor distinta según su edad. Asimismo, precisa que el aumento de la población –o preservación de la especie– parece haber sido también un principio tenido muy en cuenta en torno a la familia, sobre todo al valorarse en aquella época una prole numerosa. Dice el autor “conocido es, por medio de los cronistas, que la riqueza en el Ande antiguo no la constituían los bienes sino las personas con las que se podía contar en el hogar para las faenas domésticas y del campo; y que el *waqcha* o ‘pobre’ era aquél que no tenía parientes o vecinos con los cuales establecer lazos de reciprocidad. En este sentido –continúa Ortíz Caballero– la **comunidad sexual duradera**, con marcada tendencia hacia la monogamia en el pueblo común, se entrelaza armoniosamente con la **comunidad económica de sustento...**”. *Ibidem*, p. 71.

organizó de acuerdo a las formas canónicas⁹² y desde fines del siglo XV ejerció una fuerte influencia en América, siendo que mediante Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, se introdujo oficialmente el sistema matrimonial canónico para el “nuevo” continente y con sujeción estricta a la reforma tridentina.⁹³

La regulación canónica del matrimonio, vigente desde la colonia, subsistió en el Perú Republicano aún cuando en 1852 se produjo la promulgación del primer Código civil, el cual –a diferencia de lo que sostienen algunos⁹⁴– estuvo bastante lejos de ser una mera traducción del Código napoleón⁹⁵. Según informa Cornejo Chávez, “el Código civil de 1852 no estableció otro matrimonio con efectos legales que el celebrado conforme a las disposiciones del Concilio de Trento⁹⁶ (...), tal como, por lo demás, venía ocurriendo desde casi cuatro siglos antes, a raíz de la incorporación del Perú a la órbita de la cultura occidental.⁹⁷ (...) Esta situación perduró hasta el 23 de diciembre de 1897, fecha en que se reconoció por ley dos formas de matrimonio: la canónica para los que profesaban la religión católica, y la civil para los que declaraban no haber pertenecido a dicha religión o haberse separado de ella; criterio este que reafirmó la ley de 23 de noviembre de 1903 y que mantuvo la Comisión que preparó el Código civil de

⁹² Cuando Alfonso el Sabio, entre 1256 y 1263, elabora el Código de las Siete Partidas, consigna el matrimonio como “*el ayuntamiento de marido y mujer, fecho con tal intención de vivir siempre en uno e non se de partir, guardándole lealtad cada uno de ellos al otro: e non se ayuntar el varon a otra mujer ni ella otro varon, viviendo a dos*”. Como sostiene Rodríguez Iturri, “fácil es advertir la índole monogámica de este matrimonio, en el que la fidelidad, la distinción de sexos, el trato sexual y la estabilidad son elementos constitutivos.” R. RODRÍGUEZ ITURRI, *Familia, derecho e historia*. En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA et alii (Ed.), *La familia en el derecho peruano...*, cit., p. 53.

⁹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 53-54.

⁹⁴ Quiroga León sostiene literalmente que el código civil peruano de 1852 fue una “fiel” traducción del código francés. Cfr. A. QUIROGA LEÓN, *Matrimonio y divorcio en el Perú: una aproximación histórica*. En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA et alii (Ed.), *La familia en el derecho peruano...*, cit., p. 85.

⁹⁵ Sobre el particular, Guzmán Brito sostiene que el Código civil de 1852 fue un cuerpo legal “tradicional”, entendiendo por tal su “tendencia a conservar instituciones del derecho romano–castellano que rigieron en el Perú desde que empezó a hacer parte de la Monarquía española, pero que por sus funciones no se avenían con los patrones institucionales impulsados por el liberalismo iusracionalista, por lo general sancionados positivamente en el código francés”. Para una vista rápida de las diferencias sustanciales entre el código peruano de 1852 y el *code* francés, ver A. GUZMÁN BRITO, *El tradicionalismo del código civil peruano de 1852*, En: Revista de estudios histórico–jurídicos N° 23, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.

⁹⁶ Si bien para reclamar los derechos civiles anexos al matrimonio canónico, los artículos 441 y 443 del código de 1852 preceptuaban su inscripción en el Registro del Estado Civil, la jurisprudencia suprema había admitido la validez de ese matrimonio aunque no llegara a inscribirse en el Registro del Estado Civil, siempre que lo estuviera en el Registro parroquial. Aquello se justificaba por el hecho de que la abrumadora mayoría de la población peruana profesaba la religión católica. Cfr. H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar...*, cit., p. 65.

⁹⁷ El Código civil de 1852 definía el matrimonio como “la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana”.

1936. En 1920, el Congreso aprobó una ley que secularizaba el matrimonio; pero, observada por el Poder ejecutivo en uso de sus atribuciones constitucionales, no pudo entrar en vigencia hasta el 4 de octubre de 1930 (...). A partir de entonces, se llegó a prohibir a los sacerdotes católicos que celebrasen el matrimonio canónico mientras no comprobasen que los pretendientes habían contraído previamente matrimonio civil. Derogada esta exigencia, el Código de 1936 mantuvo el precepto de que sólo el matrimonio civil produce efectos legales.”⁹⁸

El Código civil de 1936 –sucesor del de 1852– no incluyó expresamente en su texto ninguna definición de matrimonio; sin embargo, de numerosos artículos contenidos en el Libro II dedicado al Derecho de Familia, así como de la doctrina jurídica nacional de la época⁹⁹, se desprenden, sin lugar a dudas, las características de unidad (o monogamia), heterosexualidad y estabilidad del vínculo como rasgos esenciales de la institución; aunque ciertamente al permitir y regular el divorcio vincular (antes conocido como divorcio absoluto), el código se apartó de la indisolubilidad.

En este punto, vale la pena hacer un breve *excursus* para mencionar algunos datos históricos que permiten comprender el proceso de progresivo deterioro de la indisolubilidad como rasgo esencial del matrimonio civil en el Derecho peruano, hasta llegar a la regulación del divorcio vincular en el Código civil de 1936.

Como se ha dicho, el Código civil de 1852 recogía una definición canónica del matrimonio, motivo por el cual estaba fuera de su conceptualización la figura del divorcio vincular (divorcio absoluto) y sólo regulaba la separación de cuerpos, a la que denominó simple y llanamente divorcio (divorcio relativo). La Ley N° 7894 introdujo por vez primera el divorcio vincular, siendo ésta la que marcó el nacimiento legal del divorcio absoluto en el Perú.

El 02 de junio de 1936 se expidió la Ley N° 8305 por la que se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de promulgar el Código civil en base al Proyecto que con

⁹⁸ H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar...*, cit., pp. 64-65.

⁹⁹ IDEM, *Derecho familiar peruano. Tomo I*, Lima: Editorial universitaria, 1960, pp. 12-13.

anterioridad había elaborado la Comisión Reformadora, autorizándose el nombramiento de otra Comisión Revisora que debía ser designada por el Congreso Constituyente. Sin embargo, es de precisar que, mediante el artículo 1º de esta ley autoritativa, el Congreso Constituyente estableció, como única condición de la autorización dada al Ejecutivo, que el Código civil a promulgarse debía mantener inalterables las normas sobre matrimonio laico y divorcio (también el absoluto) ya vigentes por mandato de las Leyes N° 7893 y 7894, así como las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.¹⁰⁰

Quiroga León comenta que “es en virtud y cumplimiento de esta disposición [Ley N° 8305] que el Código Civil de 1936 (...) legisló (...) las normas concernientes al divorcio relativo y absoluto, [aunque] paradójicamente el consenso unánime entre los miembros de la original Comisión Reformadora, como entre los de la posterior Comisión Revisora a quienes correspondió legislar sobre esto, fue **manifiesta y expresamente antidivorcista**, contrarios a la posibilidad de la disolución del vínculo matrimonial.”¹⁰¹ En esta misma línea Cornejo Chávez –según comenta Quiroga León– sostuvo que “el divorcio en el Perú no fue obra de juristas sino de un Parlamento heterogéneo y de un Ejecutivo surgido de una revolución, siendo por tanto producto de

¹⁰⁰ El artículo 1º de la Ley N° 8305 establecía textualmente lo siguiente: Autorízase al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de Código preparado por la “Comisión Reformadora del Código Civil”, introduciendo las reformas que estime convenientes de acuerdo con la Comisión que designe el Congreso Constituyente, pero manteniendo inalterables en dicho Código las disposiciones que sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio contienen las leyes N°s. 7893, 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil dictadas por el Congreso Constituyente de 1931.

¹⁰¹ Cfr. A. QUIROGA LEÓN, *Matrimonio y divorcio en el Perú...*, cit., p. 87. En un pie de página, el autor nos remite al comentario de don Diómedes Arias Schreiber, transcrito por Guzmán Ferrer en su comentario al Código civil de 1936, donde se manifiesta lo siguiente: “La convicción adversa al divorcio absoluto, de la mayoría de la Comisión reformadora y de algunos delegados del Congreso Constituyente y del Poder Ejecutivo, se manifestó en el seno de la Comisión Revisora con la iniciativa vigorosamente sostenida por sus autores, que condicionaba la anulación del vínculo por mutuo disenso. (...). Quienes contribuimos, aunque débilmente pero con relativa eficacia, a atajar la facilidad y precipitación de los divorcios que la experiencia judicial pudo advertir en la época comprendida desde octubre de 1930 hasta agosto de 1936, esperamos confiados el restablecimiento de la indisolubilidad del matrimonio y fundamos esta esperanza en la reflexión de los legisladores y gobernantes, de jueces y maestros, iluminada por la confortadora doctrina de la moral católica. Si el gobierno responsable de la promulgación de la reforma no logró, por la coacción de la Ley 8305, al ideal, cuyo estímulo sentía, de abrogar la legislación laica dictada en 1930, para sustituirla con las normas que se compadecieran con la preceptiva de la Iglesia, no puede desconocerse que el Código ha marcado una etapa hacia ese ideal al abatir el sectarismo pugnaz en que se inspiraba las leyes anteriores a la reforma; al reconocer, bajo condiciones puramente formales, los efectos del sacramento, y al refrenar el divorcio (...). El espíritu del Código Civil de 1936, más inclinado que a la letra de los principios religiosos y morales que cimentan el matrimonio, ha encontrado la comprensiva y leal cooperación del episcopado nacional, prenda de felices consecuencias, transparentado en la instrucción colectiva de 1938.”

una decisión política antes que de un pensamiento jurídico”.¹⁰²

Como se puede apreciar, en esta etapa de la codificación peruana el requisito de la heterosexualidad ni siquiera era materia de discusión, pues se asumía –unánimemente además– que matrimonio sólo podía haber entre varón y mujer. Por otro lado, en cuanto a la supresión de la indisolubilidad del vínculo, queda claro también que el dato legislativo contradecía la opinión común de la doctrina jurídica nacional de la época, cuyos más notables representantes eran abiertamente contrarios al divorcio vincular. En otras palabras, la cultura jurídica peruana de esa época no sólo concebía a la unidad y a la heterosexualidad como rasgos básicos y esenciales de la institución, sino que la opinión común era favorable incluso a la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

En cuanto al concepto de matrimonio recogido en el Código civil de 1984, ya se ha visto con anterioridad que el artículo 234° define a la mencionada institución jurídica como la “unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella (...) a fin de hacer vida en común”; definición legal que, dicho sea de paso, coincide con aquella definición común o no jurídica contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para el cual el vocablo “matrimonio” significa, en su primera acepción, la “unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”.

Tanto de la definición legal de matrimonio como de su acepción común, se desprende, diáfananamente y sin discusión, el carácter monogámico y heterosexual de la unión matrimonial. Empero, al regularse el divorcio por causal y por mutuo disenso (separación convencional y divorcio ulterior) en el Título IV del Libro III del Código civil, queda claro que, por lo menos en la concepción del código, la indisolubilidad no es un rasgo que caracterice a la institución en el Perú; aunque esto último no dé lugar a sostener que la “estabilidad” del vínculo tampoco lo sea.¹⁰³

¹⁰² *Ibidem*, p. 88.

¹⁰³ No obstante, debemos reconocer que la característica de la “estabilidad” del matrimonio en el Perú ha sufrido un notable debilitamiento en los últimos tiempos, primero con la incorporación del denominado divorcio-remedio mediante Ley N° 27495 de julio de 2001, y luego con la promulgación de la Ley N° 29227 de mayo de 2008 y su Reglamento, que abre la posibilidad de acudir a un notario o a un municipio para obtener la separación convencional y el divorcio ulterior vía procedimiento no contencioso.

Este es el escenario –en lo que a la concepción del matrimonio se refiere– en el que fue aprobada la Constitución Política de 1993. En tal sentido, es perfectamente posible suponer que el legislador constituyente, al reconocer al matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada, tuvo siempre en mente la definición recogida en el artículo 234° del Código civil de 1984, pues de haber querido garantizar una concepción distinta de matrimonio, la habría incluido expresamente en el artículo 4° de la Constitución.

Lo antes señalado –para no quedarnos en el plano de la mera suposición– puede ser corroborado si nos remitimos a los debates constitucionales previos a la promulgación de la Constitución de 1993, tanto al suscitado inicialmente al interior de la Comisión de Constitución y de Reglamento¹⁰⁴, como al que posteriormente se llevó a cabo en el Pleno del Congreso Constituyente Democrático¹⁰⁵. En efecto, de los respectivos diarios de debates, no es posible desprender, en modo alguno, que los constituyentes hayan querido modificar el concepto de matrimonio vigente en ese momento en el ordenamiento jurídico peruano y, por ende, en la cultura jurídica del país. Por el contrario, en este tema, las propuestas y consiguiente debate estuvieron referidas, bien a fortalecer la institución matrimonial –garantizando no sólo su “protección” sino también, y sobre todo, su “promoción”¹⁰⁶– o bien a la inclusión en el texto

¹⁰⁴ Ver CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Debate Constitucional–1993. Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo I*, Lima: Diario de los Debates, Publicación Oficial, 1998.

¹⁰⁵ Ver CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Debate Constitucional Pleno–1993, Tomo I*, Lima: Diario de los Debates, Publicación Oficial, 1998.

¹⁰⁶ Este fue el sentido de la propuesta formulada por el congresista Roger Cáceres Velásquez al interior de la Comisión de Constitución y de Reglamento, quien manifestó lo siguiente: “El artículo 5.º señala: “El Estado protege el matrimonio y la familia [...]” (...). Los verbos *proteger* y *amparar* son muy pasivos, dan la idea de que el Estado está esperando para amparar y proteger. Por eso, con la misma mentalidad que tuve para proponer que se dijera: “promover la persona humana”, sugiero que se utilice ese verbo para este caso, porque la palabra *promoción* da la idea de una acción positiva activa. En ese sentido, el artículo 5.º [del proyecto] debe decir: “El Estado protege y promueve el matrimonio y la familia [...]”... Esta modificación es indispensable y sería bien vista por los estudiosos de nuestra concepción constitucional.” El texto aprobado inicialmente y por unanimidad en la Comisión de Constitución y Reglamento, fue el siguiente: “Artículo 4.º.— El Estado protege y promueve el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.” CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Debate Constitucional–1993. Comisión de Constitución y de Reglamento...*, cit., p. 615-618. Sin embargo, posteriormente la “mayoría” de la Comisión de Constitución y de Reglamento introdujo unas modificaciones a la propuesta del artículo 4º (que, como se dijo, ya había sido aprobada por unanimidad), siendo ésta última redacción la que pasó a ser debatida en el Pleno. El texto contenido

constitucional de la expresión “las formas de matrimonio” –en plural–, en lugar del texto del proyecto de la mayoría que se refería a “la forma del matrimonio” –en singular–; propuesta que implicaba mantener, en este extremo, la redacción contenida en el artículo 5° de la Constitución de 1979, y que tenía por finalidad permitir que, vía desarrollo legislativo, se reconociera efectos civiles no sólo al matrimonio religioso –esencialmente al católico–, sino también a otras formas matrimoniales no reconocidas oficialmente pero de amplia tradición en nuestro país, léase *servinakuy*¹⁰⁷. Como es sabido, mientras que la primera de las propuestas prosperó y fue luego recogida en el texto del artículo 4° de la Constitución vigente, la segunda no tuvo la misma suerte.

Siempre en el contexto de los debates parlamentarios previos a la promulgación de la Constitución de 1993, resulta pertinente traer a colación –por su carácter poco usual, pero ilustrativo a la vez– la siguiente precisión que hizo el Presidente de la Comisión de Constitución y de Reglamento a los miembros que participaron del debate:

“El señor PRESIDENTE.— Señor (...), permítame aclarar un punto de la materia en debate, para conocimiento del periodismo y de la opinión pública.

*Los artículos que estamos discutiendo han tenido un amplísimo debate previo a la Carta Política de 1979 y durante diez años se ha investigado cada palabra que figura en la Constitución actual, de modo que, al avanzar rápidamente en la aprobación de los artículos, no estamos haciendo otra cosa que considerar las investigaciones y estudios que se han hecho de manera constante. Más bien, hay que analizar con cuidado cualquier cambio, porque ello sí implica alterar todo ese trabajo realizado. De tal manera que dejar los conceptos como están implica respetar esa investigación, y cualquier cambio que se haga debe estar debidamente fundamentado.”*¹⁰⁸ (El énfasis es nuestro)

en el Proyecto en mayoría fue el siguiente: “Artículo 4°.- El Estado protege la familia y promueve el matrimonio. Los reconoce como instituciones naturales y fundamentales. La forma de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.” Cfr. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Debate Constitucional Pleno–1993...*, cit., p. 353.

¹⁰⁷ Esta fue la propuesta de la Constituyente Lourdes Flores Nano, quien en su intervención fundamentó su posición recordando el debate constitucional previo a la promulgación de la Constitución de 1979 y, en particular, las palabras que en dicha oportunidad pronunció Ricardo Ramírez del Villar: “*puesto que esa fórmula cubre no sólo el caso del matrimonio religioso, que va a tener efectos civiles; cubre también, en cierta forma, los matrimonios aborígenes, porque no sólo funciona el servinakuy en la sierra del Perú; en la montaña funciona otro tipo de servinakuy...*”. Luego de esta referencia, Flores Nano manifestó lo siguiente: “Considero, señor Presidente, que mantener la fórmula en plural, es garantizar, primero, que se abra esa posibilidad de efectos civiles al matrimonio religioso, y, en segundo lugar, que se haga justicia a un hecho social existente en nuestro país tratado en forma diferenciada y, yo diría, de alguna manera, marginado u olvidado por el derecho republicano.” *Ibidem*, p. 357.

¹⁰⁸ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, *Debate Constitucional–1993. Comisión de Constitución y de Reglamento...*, cit., p. 634.

Como se puede apreciar, los debates parlamentarios al interior de la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso –incluidos, claro está, aquellos referidos al reconocimiento del matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada– se desarrollaron teniendo como punto de partida el significado y alcance atribuidos a las palabras por el constituyente de 1979, así como por la doctrina jurídica dedicada al estudio de dicho cuerpo constitucional. En tal sentido, queda claro una vez más, que el Constituyente de 1993 no tuvo en mente otro “matrimonio” que aquél caracterizado por los rasgos de unidad, heterosexualidad y estabilidad del vínculo.

A estas alturas puede ser útil recordar que “la *imagen de la institución en la conciencia social* que es relevante, a efectos de la determinación del alcance de la garantía institucional del matrimonio en la Constitución (...), es la que existe en el momento en el que se verifica el proceso constituyente (...) [y que] los debates parlamentarios son, no cabe olvidarlo, aun subordinadamente y en combinación con otras fuentes, importantes elementos de interpretación de las previsiones constitucionales...”¹⁰⁹. En esta línea, según se desprende de los párrafos precedentes, el contexto de los debates parlamentarios denota que el Constituyente de 1993 sólo estaba pensando en el matrimonio monógamo, estable y heterosexual, más aún si se tiene en consideración que, hasta ese momento, ningún Estado en el mundo había incorporado a su legislación el denominado “matrimonio” entre personas del mismo sexo, y tampoco existía ningún pronunciamiento jurisprudencial a favor del reconocimiento jurídico de dicha clase de unión.¹¹⁰

Por otro lado, no debe perderse de vista que, conforme al artículo 55° de la

¹⁰⁹ J. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución...*, cit., pp. 66-67.

¹¹⁰ Holanda fue el primer país que, en el año 2000, legisló el denominado “matrimonio” entre personas del mismo sexo con la “Act of 21 December 2000 amending Book 1 of the Civil Code, concerning the opening up of marriage for persons of the same sex (Act on the Opening up of Marriage)”. Por su parte, en el año 1996 fue la *circuit court* del Estado de Hawaii, el primer tribunal que amparó la pretensión de casarse presentada por tres parejas homosexuales; sin embargo –como informa Seoane Prado– tal decisión no tuvo efecto, porque la sentencia fue recurrida y el Estado de Hawaii promovió de inmediato una enmienda a su constitución, que fue aprobada el día 29 de abril de 1997, a fin de otorgar al legislativo el poder de reservar el matrimonio a los heterosexuales, siempre y cuando lo hiciera por una mayoría de 2/3 u obtuviera refrendo popular. Esto último fue alcanzado en referéndum el día 3 de noviembre de 1998, e impidió un pronunciamiento definitivo del Tribunal Supremo de dicho Estado. Cfr. J. SEOANE PRADO, *Matrimonio, familia y constitución...*, cit., pp. 28-30.

Constitución, los tratados celebrados por el Estado, y en vigor, forman parte del derecho nacional. Asimismo, la cuarta disposición final y transitoria de la Carta magna establece una pauta de interpretación para los operadores jurídicos cuando dispone que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En tal sentido, si bien el artículo 4° de la Carta Fundamental no ofrece una definición expresa del matrimonio, no es menos cierto que dicha definición puede ser encontrada en el sistema de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, por disposición expresa del artículo 55° antes mencionado, forma parte de nuestro derecho interno y, en particular, del llamado bloque de constitucionalidad.¹¹¹

Así, el artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹² establece que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. En la misma línea, en el artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹³, “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”, precisando que “el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Con similar tenor, el artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹¹⁴, reitera dicho reconocimiento

¹¹¹ En palabras de Hakansson “hoy en día las relaciones de los tratados con las constituciones no se limitan a la posición que ocupan los primeros en la conocida pirámide normativa. Si dirigimos la mirada hacia una perspectiva más constitucional que estatal, veremos que dichas relaciones son más estrechas de lo que parecen a simple vista y que se vinculan al llamado bloque de la constitucionalidad. (...) Por eso, el bloque de la constitucionalidad nos enseña que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos también forman parte de la Constitución, aunque no lo diga expresamente.” C. HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho...*, cit., p. 180.

¹¹² Aprobada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución N° 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

¹¹³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la ONU, mediante Resolución N° 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por el Estado peruano mediante Decreto Ley N° 22128 e Instrumento de Adhesión de 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978. El instrumento de adhesión fue aceptado por las Naciones Unidas como ratificación por ser signatario el Perú.

¹¹⁴ Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y en vigor desde el 18 de julio de 1978. Aprobada por el Estado peruano mediante Decreto Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978 y ratificada por la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la

del “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación...”.

A partir de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos antes transcritos, es posible afirmar no sólo que el constituyente tuvo presente la referida normativa supranacional al momento de redactar y aprobar el artículo 4º de la Constitución, sino también –lo cual es más significativo aún– que el rasgo de “heterosexualidad” claramente mencionado en dichos instrumentos internacionales ha pasado –en virtud del artículo 55º de la Carta Magna– a caracterizar directamente a la institución del matrimonio en el Perú, reconocida al más alto nivel normativo en el tantas veces aludido artículo 4º.

Sobre el particular alguien podría decir, emulando al legislador español y a algunos autores de dicho país, que la mención en los instrumentos internacionales al “varón” y a la “mujer” no implica reconocimiento alguno de la necesaria heterosexualidad del vínculo como rasgo esencial del matrimonio, pues para afirmar ello tendría que haberse precisado que varón y mujer tienen derecho a contraer matrimonio “entre sí”. Sin embargo, como se ha advertido ampliamente en sede doctrinal¹¹⁵, esa precisión resulta innecesaria si se tiene en cuenta el significado de la palabra “matrimonio” en el lenguaje común y, sobretodo, si se repara en que las mencionadas disposiciones supranacionales son las únicas, dentro de sus propios cuerpos normativos (Declaración, Convención o Pacto) que, para reconocer un derecho, utilizan la frase “varón y mujer”, en lugar de utilizar las más usuales expresiones “toda persona” o “todo individuo”, que sin embargo sí son utilizadas en el restante articulado.

Constitución Política de 1979. El instrumento de ratificación por el Perú fue de 1978 y reiterado en 1980. Vigente en el Perú desde 1981.

¹¹⁵ Sobre este tema y con relación al artículo 32.1º de la Constitución española, Rey Martínez ha señalado –parafraseando en cierto modo a Bercovitz–, que entender que la redacción del mencionado artículo no exige necesariamente que varón y mujer contraigan matrimonio “entre sí”, sería una interpretación tan absurda que sólo puede explicarse por el decidido propósito de prescindir del obstáculo constitucional (del art. 32.1º CE) para abogar por un reconocimiento legislativo del matrimonio homosexual. Cfr. F. REY MARTÍNEZ, *Homosexualidad y Constitución*. En: Revista Española de Derecho Constitucional Nº 73, 2005, p. 146.

Es cierto que hay quienes –sobre la base, cuestionable según se ha visto, de sostener que la Constitución de 1993 no ofrece una definición de matrimonio, ni establece expresamente quien puede ser parte activa del mismo– se han pronunciado recientemente en el sentido de afirmar que los principios de dignidad de la persona humana, libertad, igualdad, no discriminación e identidad, permitirían concluir que el artículo 4° de la Carta magna contempla el “matrimonio” entre personas del mismo sexo, todo lo cual conllevaría a la más que probable inconstitucionalidad del artículo 234° del Código civil, por inconstitucionalidad sobreviniente.¹¹⁶ Sin embargo, más allá de recordar que los antecedentes legislativos y constitucionales difícilmente permiten sostener la inexistencia de un concepto de matrimonio en la Constitución vigente, es preciso señalar que, en sede doctrinal, un importante sector de autores nacionales –tanto los que se sitúan a favor del “matrimonio” homosexual o igualitario, como los que están en contra del mismo– no dudan al momento de afirmar que el matrimonio constitucionalmente garantizado en el Perú no es otro que el celebrado entre varón y mujer.¹¹⁷

En este sentido, para evidenciar el concepto y rasgos esenciales del matrimonio en la doctrina jurídica nacional, resulta conveniente referirnos a algunos comentarios puntuales sobre el particular.

¹¹⁶ Cfr. E. VARSÍ ROSPIGLIOSI Y M. CHAVES, *Legalidad del matrimonio...*, cit., pp. 28-39. También E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia. Tomo II*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 106-130. Sin embargo, causa desconcierto que el autor, en la misma obra, señale a la heterosexualidad como una de las características especiales del matrimonio sin dejar expresa constancia, allí mismo, de su posición a favor de la constitucionalidad del “matrimonio” entre personas del mismo sexo y consiguiente inconstitucionalidad del artículo 324° del código civil, limitándose más bien a precisar que esa característica “divide la doctrina en Brasil”, aunque reconoce que gran parte de los juristas creen que el matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser considerado como inexistente. Cfr. *Ibidem*, p. 48. También a favor de la plena constitucionalidad del matrimonio homosexual en el Perú ver R. CRUZ VEGAS, *¿A quién le importa... si yo me caso?*. En: Gaceta Constitucional N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010, pp. 95-97. Asimismo, cfr. J. SOSA SACIO, *Debate sobre matrimonio: entre la “naturaleza” de la institución y la abierta discriminación*. En: Gaceta Constitucional N° 32..., cit., pp. 19-20.

¹¹⁷ Cfr. V. GARCÍA TOMA, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo I*, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 1998, p. 140. R. CHANAMÉ ORBE, *Comentarios a la Constitución*, Lima: Jurista Editores, 2009, 4° ed., p. 189. M. RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2008, 2° ed., pp. 54-55. E. CHIRINOS SOTO, *La Constitución: lectura y comentario*, Lima: Editorial Rhodas, 2007, 5° ed., pp. 61-62. B. AGUILAR LLANOS, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima: Ediciones Legales, 2008, pp. 5-20. J. PERALTA ANDÍA, *Derecho de Familia en el código civil*, Lima: Idemsa, 2002, 3° ed., p. 104. Y. GALLEGOS CANALES Y R. JARA, *Manual de derecho de Familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*, Lima: Jurista Editores, 2008, pp. 25-33.

Así, Plácido Vilcachagua, refiriéndose extensamente a los elementos del modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado, ha señalado que “se puede afirmar que el concepto constitucional de matrimonio es el de una unión monogámica, heterosexual, formalmente constituida, sin libre ruptura, entre personas con aptitud para contraerlo que no integran una familia nuclear [léase, no endogámica], que la ley ha de regular sin distinciones por razón de sexo.”¹¹⁸

Asimismo, pronunciándose concretamente sobre el requisito de la heterosexualidad, el mismo autor ha precisado que “debe aclararse y reiterarse que el matrimonio que contempla nuestra Constitución es el heterosexual. Matrimonio, ciertamente, en tanto que categoría social y jurídica formada históricamente a lo largo de miles de años (...), lo es sólo el heterosexual”, y refiriéndose a las parejas del mismo sexo, sostiene “lo otro, la pareja homosexual (...), es una realidad distinta del matrimonio (...), pero no es matrimonio...”¹¹⁹.

En el mismo sentido, Canales Torres¹²⁰ ha señalado que “el matrimonio como acto jurídico presenta un conjunto de caracteres que lo diferencian y lo hacen especial y sui géneris, frente a los demás actos jurídicos. (...) Entre estas características especiales del matrimonio, al menos en nuestro medio, encontramos que debe ser constituido a partir de una unión heterosexual. Así, un varón y una mujer constituyen el matrimonio. Como pareja que se integran y complementan cada quien da lo suyo, en reciprocidad y entrega...”. Como consecuencia de ello, “la homoafectividad se manifiesta, más que como un impedimento matrimonial, en una verdadera causal de inexistencia de este; pues en virtud del ordenamiento jurídico nacional, el matrimonio supone, en esencia, una unión heterosexual.”

¹¹⁸ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *El principio de promoción del matrimonio y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse*. En: C. CALDERÓN PUERTAS *et al* (coord.), *Observatorio de Derecho Civil. La Familia. Volumen II*, Lima: Motivensa, 2010, p. 146.

¹¹⁹ IDEM, *Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio...*, cit., p. 346.

¹²⁰ C. CANALES TORRES, *¿Matrimonio? ¿Uniones de hecho? ¿Uniones civiles?...*, cit., pp. 73-74.

De igual opinión es Vega Mere¹²¹, cuando afirma que “parece incontrastable que para la ley peruana el matrimonio sólo puede darse entre varón y mujer pues, por otro lado, y aún cuando no sea el único propósito, la Constitución menciona dentro del mismo art. 4 a sujetos que merecen especial tutela como son el niño, el anciano y la mujer. Si menciona al niño es porque aparentemente lo considera como uno de los miembros de la familia (...) [y] si lo asume como parte de un grupo familiar, parece desprenderse de ello que la familia en la que ha reparado el constituyente es aquella orientada hacia la reproducción...”. Lo cual lleva al autor a concluir que “bajo los argumentos considerados en precedencia, ni la Constitución ni la ley admiten el matrimonio homosexual”.¹²²

Por otro lado y siempre en torno al rasgo básico y esencial de la heterosexualidad, cabe recordar que en el artículo 5º de la Constitución de 1993 –ubicado dentro del grupo de disposiciones dedicadas a la familia y al matrimonio– se encuentra regulada la denominada “unión de hecho”, la misma que es definida por la norma fundamental como aquella “unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho”, y que “da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”

De acuerdo al texto constitucional y atendiendo al sentido propio de las palabras, queda claro que la unión estable a la que, de ser el caso, le resultan aplicables las disposiciones propias del régimen de sociedad de gananciales, es aquella conformada necesariamente por varón y mujer; lo que implica sostener que las uniones homosexuales –léase entre personas del mismo sexo– están fuera del reconocimiento que hace la norma iusfundamental a las uniones estables de pareja. Sobre el particular, incluso hay quien ha sostenido que, en el ordenamiento jurídico peruano, ni siquiera es posible considerar a la unión “estable” entre personas del mismo sexo como un supuesto de concubinato impropio, por lo que tampoco correspondería a dicha unión la acción de

¹²¹ Y. VEGA MERE, *Derecho de Familia. Familias de Hecho, ensambladas y homosexuales*, Lima: Motivensa, 2009, 3º ed., p. 204.

¹²² El mismo razonamiento puede encontrarse en M. RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo II*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, pp. 41-51.

enriquecimiento indevido contemplada en el artículo 326° del Código civil.¹²³

Más allá de dejar constancia que, en nuestra opinión, la acción (*rectius* pretensión) de enriquecimiento indevido¹²⁴ podría intentarse aún sin tener que remitirnos a la última parte del artículo 326° del código civil –es decir sin tener que hablar de unión estable propia o impropia–, sino más bien haciendo aplicación directa del artículo 1954° del mismo cuerpo normativo¹²⁵; no cabe duda y está fuera de toda discusión que el reconocimiento constitucional de las uniones estables de pareja en el Perú excluye necesariamente a las uniones homosexuales, lo cual reviste singular importancia al momento de determinar los rasgos característicos del matrimonio en la Constitución y, en particular, para afirmar al requisito de la heterosexualidad como uno de esos rasgos básicos o esenciales de la institución.

En efecto, con relación a las uniones estables intersexuales, se ha dicho que la familia producto de éstas merece una protección y reconocimiento, sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como base de su constitución, por lo que la regulación jurídica de la unión de hecho tendrá por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndola una institución menos atractiva que el matrimonio.¹²⁶

Esta consideración de la unión de hecho como modelo familiar menos atractivo que el de fuente matrimonial, permite sostener que en la Constitución de 1993 no se ha adoptado la “teoría de la equiparación” al estado matrimonial –según la cual la unión de hecho produciría los mismos efectos que el matrimonio–; y que, por el contrario, el constituyente se inclinó por la “teoría de la apariencia” del estado matrimonial, por la cual –en palabras de Plácido Vilcachagua– “no se trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de

¹²³ Cfr. Y. VEGA MERE, *Derecho de Familia...* cit., p. 102.

¹²⁴ Como explica Díez-Picazo, los presupuestos generales de la pretensión de enriquecimiento sin causa son: el enriquecimiento del demandado; el correlativo empobrecimiento del actor; y la falta de causa justificativa del enriquecimiento. Cfr. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen primero. Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid: Civitas, 1996, 5° ed., p. 100.

¹²⁵ Artículo 1955° del Código civil.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

¹²⁶ Cfr. E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia. Tomo II...*, cit., pp. 431-432.

matrimonio por su estabilidad y singularidad; lo que determina que se le reconozca determinados y exclusivos efectos personales y patrimoniales.”¹²⁷

Pues bien, si el reconocimiento expreso de la unión de hecho en el artículo 5° de la Carta magna de 1993, no tiene por finalidad equiparar dicha unión a la institución matrimonial –lo cual por cierto implicaría una evidente contradicción con el principio de promoción del matrimonio–, sino más bien concederle cierta protección –limitada– siempre y cuando la unión de hecho se parezca o guarde la mayor similitud posible con el matrimonio; entonces no es en absoluto descabellado suponer que el constituyente, con el fin de evidenciar esa apariencia de “matrimonio”, se haya preocupado especialmente por dejar expresa constancia en el artículo 5° que la unión de hecho, para gozar de la protección constitucional que se le dispensa, debe ser no sólo “estable”, sino también formada por un varón y una mujer, es decir, necesariamente “monogámica” y “heterosexual”, tal como es y debe ser el matrimonio constitucionalmente garantizado, al que simplemente busca imitar o aparentar.

Esto último puede explicarse también con el recurso a una argumentación analógica, pues si el artículo 5° establece expresamente que la unión de hecho reconocida y protegida por la Constitución sólo es aquella conformada por varón y mujer –lo que *contrario sensu* significa que las uniones homosexuales están excluidas–, no sería razonable pensar que dichas uniones, no obstante quedar fuera de la protección brindada a las parejas estables, si podrían en cambio constituirse válidamente en matrimonio invocando el artículo 4° de la propia Constitución. En efecto, si las parejas conformadas por personas del mismo sexo no pueden acceder a la protección constitucional dispensada a las uniones de hecho, con mayor razón no podrán acceder a la institución matrimonial¹²⁸, presupuesto claro está que las primeras son una apariencia

¹²⁷ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio...*, cit., p. 335.

¹²⁸ Se hace aquí una aplicación del argumento analógico *ab minoris ad maius*, conforme al cual “si no puede lo menos, con mayor razón no puede lo más”. Como sostiene Rubio Correa, “[este] argumento (...) es una variante del a fortiori porque aquí el argumento sigue siendo “con mayor razón” pero invertido hacia su forma negativa (...). Es el único caso en el que la prohibición se puede utilizar analógicamente, pero nótese que no se trata de una “extensión” de ella sino que, mediante la inversión negativa del “con mayor razón”, en realidad lo que se está argumentando es que hay una gran prohibición, de la cual lo expresamente prohibido es sólo una parte.” M. RUBIO CORREA, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, 8° ed., p. 330.

de ésta última y que la Constitución promueve especialmente al matrimonio.

De lo dicho hasta el momento, es perfectamente razonable sostener que el legislador constituyente estuviera pensando en el matrimonio heterosexual y que ni siquiera se le hubiera pasado por la cabeza pensar en el matrimonio homosexual. Es evidente además que históricamente por matrimonio siempre se ha entendido en el Derecho peruano el matrimonio entre un hombre y una mujer. Por último, no es menos verdad que el sentido propio de las palabras en el contexto y la interpretación sistemática (legislación interna y supranacional), apuntan al mismo resultado.

Sin embargo, queda aún por ver qué ha dicho el Tribunal Constitucional peruano, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, con relación al concepto y contenido del matrimonio constitucionalmente garantizado; lo cual cobra singular importancia considerando que, respecto de la determinación de la imagen característica del instituto garantizado, la dinámica inherente de la categoría “garantía institucional” – como técnica específica de protección constitucional– concede un papel esencial a la doctrina jurídica del país, cuyo portavoz autorizado, en última instancia, no es otro que el Tribunal Constitucional.¹²⁹

Lo primero que debemos decir, reiterando lo expresado en el planteamiento de este trabajo, es que el Tribunal Constitucional se ha referido al matrimonio como un instituto jurídico constitucionalmente garantizado¹³⁰, lo que significa reconocer al matrimonio como un bien constitucional básico o fundamental para la vida de la comunidad, con la consiguiente limitación a la actividad del legislador ordinario que dicha calificación implica. En otra oportunidad, al mencionar que el instituto familia trasciende al del matrimonio, el propio Tribunal ha precisado que aquello “no significa que el Estado no cumpla con la obligación impuesta por la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos.”¹³¹. Asimismo, refiriéndose nuevamente al modelo constitucional de familia, ha recordado expresamente la importancia de la aplicación de los tratados internacionales de derechos

¹²⁹ En este sentido, J. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución...*, cit., pp. 60-61.

¹³⁰ Ver STC pronunciada en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC. (f. j. 13)

¹³¹ Ver STC pronunciada en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC. (f. j. 11)

humanos para su determinación¹³², dentro de los cuales –como se ha visto– se hace expresa mención al “varón” y a la “mujer” como titulares del derecho a contraer matrimonio.

Estos “indicios” de lo que podrían ser los rasgos básicos del matrimonio en la concepción del Tribunal Constitucional, creemos son plenamente confirmados por el propio colegiado en su sentencia del 06 de noviembre de 2007 pronunciada en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC. En esta sentencia, el supremo intérprete de la Constitución, al desarrollar la protección constitucional que en el Perú tienen las uniones *more uxorio* (uniones de hecho), alude, y en más de una oportunidad, a la “teoría de la apariencia” de dichas uniones frente a la institución matrimonial, como aquella que serviría para justificar su protección a nivel constitucional.

En efecto, en la mencionada sentencia el Tribunal manifestó, refiriéndose a la unión *more uxorio* reconocida y protegida por el artículo 5° de la Constitución, lo siguiente:

*“(…) se trata de una **unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia**, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que (...) se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales”*¹³³ (el énfasis es nuestro).

Y continua precisando que:

*“el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida **tal como si fuesen cónyuges**, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo.”*¹³⁴ *“De otro lado –prosigue el alto colegiado– la **apariencia de vida conyugal** debe ser pública y notoria.”*¹³⁵ (el énfasis es nuestro).

Seguidamente, el Tribunal Constitucional, incidiendo una vez más en la necesaria apariencia de matrimonio que en el Perú deben tener las uniones de hecho para ser merecedoras de la protección constitucional y legal, recalca:

¹³² Ver STC pronunciada en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC. (f. j. 4 y 5)

¹³³ Ver STC pronunciada en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC (f. j. 16)

¹³⁴ *Ibidem*, f.j. 17.

¹³⁵ *Ibidem*, f.j. 19.

*“(…) es de resaltar que [los] efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un “**aparente matrimonio**”. De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales.”¹³⁶ (el énfasis es nuestro).*

Como dijimos líneas arriba, si la protección que en el Perú reciben las uniones de hecho obedece a su apariencia a matrimonio y, por otro lado, dichas uniones son calificadas por el propio Tribunal Constitucional como uniones de hecho necesariamente monogámicas, heterosexuales, con vocación de permanencia, habitualidad y estabilidad; es claro entonces que para el supremo intérprete de la Constitución, dichas características constituyen nada menos que los rasgos básicos y esenciales de la institución jurídica del matrimonio en la Constitución peruana de 1993.

Dicho en otras palabras y de manera frontal, la imagen de la institución del matrimonio en la doctrina jurídica del Tribunal Constitucional peruano, no es otra que aquella caracterizada por la estabilidad, la monogamia y la heterosexualidad, imagen que –vale la pena recordarlo una vez más– no difiere de la imagen común o no jurídica del matrimonio preponderante en la cultura occidental.

3. La institución del matrimonio y la realidad social a la que sirve: la aparente disociación entre la imagen preponderante en la cultura jurídica y la evolución histórica de la sociedad.

Luego del análisis precedente que ha tenido por finalidad detectar la imagen de la institución del matrimonio en la cultura jurídica del país, alguien podría cuestionar el itinerario hasta aquí seguido argumentando que la constitucionalidad o no de una eventual reforma legislativa destinada a permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, obliga al jurista a reflexionar sobre la situación de la familia y del matrimonio en el momento actual, y no a remontarnos a lo que eran el matrimonio y la familia en el Derecho romano, en el medieval, en la época de la codificación o a la realidad vivida en nuestro país en los años previos al Código civil de 1984 o a la

¹³⁶ *Ibidem*, f.j. 21.

Constitución de 1993, pues las transformaciones sufridas por dichas instituciones en la última década, habrían sido tan vertiginosas, que sencillamente –diría nuestro interlocutor– no tiene sentido buscar respuestas en concepciones conservadoras propias de épocas pretéritas¹³⁷. Menos aún cuando en los últimos años se asiste a un notable cambio de actitud hacia la homosexualidad en el entorno social de nuestro país.

Es más, se nos podría decir que remitirse a las concepciones que del matrimonio se ha tenido a lo largo de la historia para pretender descubrir los rasgos básicos o esenciales de la institución del matrimonio en la conciencia jurídica y social actual, implica en el fondo un intento por petrificar el ordenamiento jurídico, lo cual iría en contra del propio dinamismo de la “garantía institucional” como mecanismo específico de protección constitucional, que –como hemos dicho– persigue preservar la integridad de ciertos núcleos institucionales considerados como esenciales para la adecuada estructuración de la comunidad en un momento histórico y en una sociedad determinada; lo que equivale a decir que debe existir una estrecha relación entre la institución constitucionalmente garantizada y la realidad social a la que sirve, todo lo cual –en palabras de Polo Sabau¹³⁸– llevaría implícito el “germen de la transformación” y el cambio acompasado a la evolución histórica de esa misma sociedad.

Frente a tales posibles cuestionamientos, consideramos que no es acertado el argumento de corte sociológico que acude a la creciente aceptación de la homosexualidad en el entorno social actual, para sobre dicha base sostener primero un cambio radical en la imagen de la institución matrimonial y justificar luego la supresión del requisito de la heterosexualidad; pues es bastante conocido que en otras realidades sociales –también pre-cristianas–, la homosexualidad era practicada y hasta aceptada, pero aún así el matrimonio era sólo heterosexual¹³⁹. Es decir, que la mayor o menor

¹³⁷ En este sentido Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo*. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* N° 3, 2005, p. 357.

¹³⁸ J. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución...*, cit., p. 68.

¹³⁹ La profesora Souto Galván recuerda que, en una de la épocas más favorables para la homosexualidad, en un periodo histórico del mundo griego, en concreto, en la época contemporánea de Sócrates, tiene lugar un Simposio o un Banquete, al que asisten personajes relevantes de la filosofía, el teatro, la literatura, etc., y eligen como tema de conversación el Eros, el Amor. En esa oportunidad, Aristófanes hace un ferviente elogio de la homosexualidad, pero reconoce que homosexualidad y matrimonio no se encuentran, porque responden a necesidades y valores distintos. Asimismo, reafirmando esta idea, la

aceptación social de la homosexualidad no tendría por qué incidir en la imagen característica del matrimonio en la cultura jurídica de un país, pues una cosa es la institución garantizada y las razones de su protección constitucional y otra muy distinta las orientaciones sexuales de los miembros de la sociedad. Además, como bien se ha dicho¹⁴⁰, los argumentos sociológicos o populistas nunca han sido un criterio serio a favor de una buena técnica legislativa.

Por otro lado, si bien la doctrina de la garantía institucional tiene por finalidad proteger aquellos rasgos esenciales de las instituciones jurídicas constitucionalmente garantizadas, que las hacen reconocibles en un tiempo y lugar históricos; no es menos cierto –según se ha visto– que a lo largo de la historia de occidente, hasta nuestros días, la institución del matrimonio ha presentado –y lo sigue haciendo–, ciertos rasgos básicos o esenciales que se han mantenido inalterados en la imagen y en la conciencia social de las distintas épocas, tal como ha ocurrido y sigue ocurriendo en nuestro país con la monogamia, la heterosexualidad y la estabilidad, tan sólo por referirnos a aquéllos rasgos esenciales del matrimonio que de manera más clara se han mantenido presentes en nuestra cultura jurídica externa e interna, incluida por supuesto la doctrina jurídica elaborada por el Tribunal Constitucional en su condición de supremo intérprete de la Constitución.

En este sentido, aún cuando el reconocimiento del matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada, traiga implícito consigo el germen de la adecuación de la institución a las realidades sociales existentes en cada momento histórico, no es posible negar –sin faltar a la verdad– la sorprendente persistencia que la monogamia, la heterosexualidad y la estabilidad han tenido y tienen todavía en la imagen que de la institución del matrimonio se tiene en nuestra cultura jurídica, lo cual,

autora trae a colación la siguiente cita textual de *Las Leyes* de Platón: “es imprescindible que cada cual contraiga las nupcias que vayan a convenir más a la ciudad, no las más placenteras para sí... Y es necesario que el contrayente conciba la casa como un nido para que en él nazcan y se críen hijos, y hacer de ella su vivienda y el lugar en que se alimenta él y su prole”. Cfr. E. SOUTO GALVÁN, *El derecho a contraer matrimonio homosexual*. En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio...*, cit., pp. 154-155.

¹⁴⁰ Si consultáramos sobre los impuestos, todos los ciudadanos, o gran parte de ellos, votarían a favor de su reducción. Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, *Antropología y matrimonio*. En: G. GARCÍA CANTERO *et alii*, *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?...*, cit., pp. 157-158.

en nuestra opinión, es más que un simple indicio del carácter estructural de dichos rasgos característicos.

Como sostiene Parejo Alfonso, la necesidad de incorporar a la hermenéutica constitucional el elemento de atención al proceso de cambio social, encuentra un límite insalvable, que no es otro que la ruptura con los rasgos estructuralmente más característicos de la institución o, dicho de otro modo, la solución de continuidad en la ordenación jurídica de sus elementos más básicos e identificadores, que signifique una evolución *per saltum*, no razonable¹⁴¹. Como consecuencia de ello, el legislador ordinario no podría –sin incurrir en una regulación inconstitucional– eliminar dichos elementos esenciales porque constituyen parte del núcleo básico e indisponible de la institución matrimonial, ya que sin ellos el matrimonio es sencillamente irreconocible como institución.

Pero, ¿qué hace que la monogamia, la heterosexualidad y la estabilidad hayan persistido en la cultura jurídica de nuestro país como rasgos esenciales y estructurales de la institución del matrimonio a lo largo de tanto tiempo?. Alguien podría responder diciendo que esta particular configuración de la institución matrimonial obedece sencillamente a la “mentalidad dominante” en el Perú desde hace mucho tiempo atrás, estrechamente vinculada a la moral cristiana, pero que en un futuro cercano podría configurarse de otra manera de acuerdo a una “nueva mentalidad dominante”, producto de una sociedad aun más secularizada. En el fondo, nada garantizaría que de acá a unos años el matrimonio en el Perú siga manteniendo esos rasgos esenciales.

Ciertamente no podemos asegurar que en el futuro la heterosexualidad, la monogamia y la estabilidad sigan caracterizando a la institución del matrimonio en la cultura jurídica peruana; sin embargo, consideramos también que la sorprendente persistencia de aquéllos rasgos en la cultura occidental a lo largo de cientos y miles de años, responde necesariamente a algo más que la simple influencia de una mentalidad dominante en un determinado momento histórico. En esta línea, ese “algo más” quizás tenga que ver con la propia realidad natural de la familia y del matrimonio, realidad

¹⁴¹ Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional...*, cit, pp. 46-48.

natural que la cultura jurídica occidental no habría hecho más que reflejar en los ordenamientos jurídicos de todos los tiempos. Esto habría sido así hasta que, a fines del siglo pasado, dicho reflejo empezó lentamente a distorsionarse y a desvanecerse, al punto que –en algunos pocos ordenamientos– dejó de ser un claro eco de la realidad natural para convertirse en una simple manifestación de la conciencia subjetiva de una minoría.¹⁴²

Sin perjuicio de esto último, no debe soslayarse el hecho que en la Constitución peruana de 1993, al igual que en su predecesora, coexisten el reconocimiento del matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada y su calificación de instituto natural y fundamental de la sociedad, lo cual, en nuestra opinión, constituye una clara invitación a entablar esa necesaria vinculación entre la imagen de la institución matrimonial en la cultura jurídica del país y la realidad natural de la cual recién hablábamos; pues desde esta perspectiva, existirían razones para afirmar que si la imagen preponderante del matrimonio en la cultura jurídica del país reconoce a la monogamia, la heterosexualidad y la estabilidad como rasgos básicos y esenciales de la institución, ello se debe a que dichos rasgos son inherentes a la realidad natural del matrimonio. De esta manera, la idea o noción de matrimonio en la cultura jurídica interna y externa, no sería más que el reflejo o la “imagen” –lo más fiel posible, claro está– de aquella realidad natural llamada matrimonio.

En tal sentido, en el capítulo siguiente intentaremos explicar el sentido de la calificación del matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad que encontramos en el artículo 4º de la Constitución, para en función de ello confirmar –o en su caso descartar– la idea antes propuesta referida a la necesaria vinculación entre la

¹⁴² Nos referimos básicamente a la regulación del matrimonio homosexual y del divorcio por voluntad unilateral, como muestras tangibles del desvanecimiento del reflejo de la realidad natural llamada matrimonio. Sin perjuicio de ello, compartimos con Viladrich la idea de que la crisis del matrimonio y la familia no es una novedad, sino más bien una constante en la historia; así como que, en rigor, el matrimonio y la familia constituyen la respuesta o solución de mayor predicamento y práctica en la historia, y por ello, son el resultado de aquella permanente reconsideración o crisis. En palabras del autor: “en el alambique de la historia de la humanidad, perennemente crítico, el matrimonio y la familia vienen a ser una gota trabajosamente destilada, fruto de mil crisis, gota que, en comparación con otras fórmulas destiladas, ha resultado la más depurada.” Cfr. P-J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, Pamplona: Eunsa, 2010, 5º ed., pp. 21-32.

imagen de la institución en la cultura jurídica del país y la realidad natural del matrimonio.

Capítulo IV

EL MATRIMONIO COMO INSTITUTO NATURAL Y FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD

(Una referencia clara al Derecho natural)

1. Breve aproximación al Derecho natural.

Como hemos visto, el artículo 4º de la Constitución de 1993 califica a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad; sobre lo cual Rubio Correa ha manifestado que “el reconocimiento como instituto natural tiene un significado tradicional en el Derecho: pertenece a la *naturaleza de las cosas* en el sentido que el Derecho positivo no puede ni crearlo ni hacerlo desaparecer. Simplemente se *reconoce* tal condición natural, es *Derecho Natural*. ”¹⁴³

Es usual que para quienes su formación jurídica ha estado centrada en la concepción positivista o normativista del derecho, resulte difícil evidenciar una concepción clara del Derecho natural o, al menos, encontrar razones para explicar su juridicidad: más que derecho, suelen entenderlo como ética o moral, o simplemente como valores que, si bien es deseable que sean practicados en la sociedad, no son susceptibles de ser exigidos a los individuos, ya que pertenecerían al fuero interno de los sujetos.¹⁴⁴

¹⁴³ M. RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993...*, cit., p. 41. En la doctrina española, Albaladejo sostiene que “el matrimonio no es una creación del Derecho, sino una institución natural, (...) recogida por la ley humana en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula.” M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Madrid: Edisofer, 2008, 11º ed., p. 31.

¹⁴⁴ Como dice Hervada, “la mentalidad positivista, extendida en ciertos ambientes, ha creado en algunos – sean o no positivistas– el hábito de ver con la mayor naturalidad el derecho positivo sin su esencial referencia al derecho natural. Les parece normal que se hable del derecho positivo y que se aplique sin estrecha conexión con el derecho natural, sin darse cuenta de que el derecho positivo es inexplicable sin el derecho natural.” Esta necesaria dependencia del derecho positivo respecto del derecho natural, es justificada de manera magistral por el citado autor en los términos siguientes: “Está al alcance de todos comprender que es imposible un hecho cultural sin que tenga una base natural. Todo cuanto el hombre hace o inventa requiere una capacidad natural, lo que los filósofos llaman *potencia*. Para ver, el hombre necesita tener ojos. Sobre la base de este hecho natural, el hombre puede edificar una serie de hechos culturales: escritura, pintura, escultura, televisión, cine, etc. (...) El hombre es incapaz de volar por sí mismo; por mucho que lo intente, nunca tendrá alas (...). Puede, eso sí, sobre la base de una serie de datos naturales (peso y resistencia de los materiales, leyes de la aerodinámica, etc.), construir unos

En este escenario, conviene empezar este capítulo dando algunas ideas sobre lo que es el Derecho natural.

Pueden encontrarse a lo largo de la historia muchas escuelas del Derecho natural y otras tantas concepciones sobre sus alcances, caracteres y contenido. Sin embargo, no es nuestra intención hacer un recuento de todas ellas, pues dicha tarea excedería a la finalidad de este trabajo¹⁴⁵. Nos interesa, en cambio, referimos únicamente a la que se ha denominado Escuela del Derecho natural “verdaderamente” clásico o Realismo jurídico clásico, y que a partir del siglo XX viene experimentando un resurgimiento de la mano de pensadores iusnaturalistas contemporáneos de la talla –entre otros– de Villey¹⁴⁶, Finnis¹⁴⁷ o Hervada, de quien provienen la mayor parte de ideas que expresamos a continuación.

Como es sabido, es posible encontrar innumerables definiciones acerca de lo que es el Derecho, entendido como área del conocimiento. Sin embargo, podemos afirmar que, desde Roma hasta nuestros días, el Derecho se ha caracterizado por ser una disciplina cuyo aprendizaje habilita, a quien la posee, para realizar una labor claramente definida, aquella consistente en resolver –o ayudar a resolver– casos concretos en los que hay implicado un problema de justicia.¹⁴⁸

aparatos (...) mediante los cuales volar. Es axiomático que *todo hecho cultural dependa de los datos naturales*. (...) Dado el axioma enunciado, pretender que sólo existe el derecho positivo, esto es, que todo derecho es puesto por el hombre, contradice el más elemental sentido común, pues si hay algo jurídico cultural (positivo), tiene que partir necesariamente de algo jurídico natural. Obsérvese bien que el axioma no significa que un hecho cultural es posible dada cualquier potencia o capacidad, sino que el hombre tiene precisamente una potencia del mismo orden del hecho cultural. (...) Por tanto, es axiomático que, si existe el hecho jurídico positivo (cultural), ha de asentarse en una juridicidad natural. Si nada hubiese de jurídico natural, nada habría de jurídico cultural. Por eso, la mejor demostración de que existe el derecho natural es que existe el derecho positivo.” J. HERVADA, *¿Qué es el Derecho?*..., cit., pp. 51-53.

¹⁴⁵ Para una revista histórica de las principales escuelas del Derecho natural, consultar J. G. PORTELA, *La justicia y el derecho natural*, Arequipa: Universidad Católica San Pablo, 2006, 2º ed., pp. 78-144.

¹⁴⁶ Sobre la obra de Villey y su noción de Derecho, consultar: D. HERRERA, *La noción de derecho en Villey y Kalinowsky*, Buenos Aires: Educa, 2005.

¹⁴⁷ J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

¹⁴⁸ Sobre el particular, Gordillo ha expresado que “cualquiera haya de ser el modo de desempeño del profesional: magistrado o funcionario judicial, funcionario público, abogado de empresa, abogado asesor o litigante, siempre lo principal o central de su trabajo será resolver, o ayudar a resolver, casos o problemas concretos.” A. GORDILLO, *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 23.

En este sentido, para Hervada¹⁴⁹ –en opinión que compartimos– el Derecho sería una ciencia práctica o arte¹⁵⁰, pues consiste en un *saber hacer* algo, y ese algo sería nada menos que determinar lo *justo* y lo *injusto* en los casos concretos. Lo *justo*, por su parte, es lo que corresponde a cada uno, lo *suyo* según algún título¹⁵¹ y una medida¹⁵²; en otras palabras, su *derecho*. De esta forma, queda claro que lo justo, lo *suyo* y el derecho (en sentido estricto y no como disciplina¹⁵³), son la misma cosa. Siguiendo esta línea de razonamiento, el *jurista* –y no sólo el abogado que simplemente es una especie de jurista– sería aquel profesional debidamente capacitado para aplicar el Derecho y determinar lo *suyo* de cada quien en los diversos casos concretos sometidos a su conocimiento. Luego, y toda vez que de acuerdo con la clásica definición de Ulpiano, la Justicia puede ser entendida como “la virtud de dar a cada uno *lo suyo*”, el jurista hará Justicia cada vez que en su labor de determinación de lo justo –y lo injusto– actúe correctamente, es decir, dando a cada quien lo *suyo*, su *derecho*, ni más ni menos. De lo que resulta que la Justicia sigue al *derecho*, pues sólo puede hacerse justicia (sólo puede darse¹⁵⁴ a cada uno lo *suyo*), allí donde las cosas han sido previamente repartidas, es decir, allí donde hay derechos atribuidos a un sujeto, ya sea por título natural o por título positivo.

¹⁴⁹ Cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el Derecho?*..., cit., pp. 5-22.

¹⁵⁰ Contrariamente a las “ciencias especulativas”, que están referidas a un conocimiento que se limita a reflejar (*speculum*) la realidad sin hacerla o modificarla; las ciencias prácticas consisten en un *saber hacer*. En este sentido, es perfectamente posible denominar “arte” a toda ciencia práctica y no sólo a las “bellas artes”.

¹⁵¹ El título es aquello en lo que tiene origen el derecho, es lo que causa la atribución de la cosa a un sujeto determinado. Hay muchas clases de títulos, pero pueden resumirse en dos: título natural (la naturaleza humana) y títulos positivos (la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la manifestación de voluntad).

¹⁵² No existen derechos ilimitados ni todos los derechos son iguales. En este sentido, la medida es el criterio de extensión y lo que permite delimitar los derechos. Al igual que ocurre con el título, hay medidas naturales (naturaleza humana y naturaleza de las cosas) y medidas positivas (la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la manifestación de voluntad).

¹⁵³ Distinguimos el Derecho (con mayúscula) como disciplina o área del conocimiento, del derecho en estricto (con minúscula), para referirnos a lo justo, lo *suyo* de cada quien según algún título.

¹⁵⁴ El término “dar” en la fórmula de la Justicia, no debe ser entendido como atribución o reparto, pues la Justicia no atribuye derechos a quien no los tenía. La palabra “dar” debe entenderse como devolver, restituir, pagar, compensar, sancionar, según sea el caso. En este sentido, por ejemplo, cuando un juez, luego de verificar la existencia de la relación jurídica obligatoria entre demandante y demandado (y el incumplimiento de este último), ordena al demandado (deudor) pagar el íntegro de la prestación debida al demandante (acreedor), está haciendo Justicia, pues está *dando* al acreedor lo *suyo*, su derecho, ni más ni menos.

El derecho en sentido estricto –lo *suyo* de cada quien–, puede ser positivo o natural. Por derecho positivo se entiende todo derecho cuyo título y cuya medida deben su origen a la voluntad humana, bien sea la ley, bien sea la costumbre, bien sea la manifestación de voluntad. En este sentido, afirmar la existencia del derecho positivo significa afirmar que hay cosas cuya atribución es obra de la voluntad humana.¹⁵⁵ Por su parte, por derecho natural se entiende todo derecho cuyo título no es la voluntad del hombre, sino la naturaleza humana, y cuya medida es la naturaleza del hombre o la naturaleza de las cosas.¹⁵⁶

Como explica Hervada, positivo significa *puesto*, no dado al hombre, sino instituido –puesto– por el hombre, pero esa capacidad del hombre para constituir y regular derechos no es ilimitada. Para comprender esos límites, o al menos, el criterio que los señala, resulta interesante traer a colación las siguientes palabras del citado autor: “Cuando quieren mostrar gráficamente cuáles son los poderes de que goza el Parlamento de su país, los británicos suelen decir que su Parlamento lo puede hacer *todo*, a excepción de que un varón sea mujer o una mujer sea varón; es decir, puede hacer todo lo que es posible que el hombre haga.”¹⁵⁷ Y continúa señalando “Hay aquí algo de lo que, todos, en el fondo, estamos convencidos: el hombre no puede ser tratado como quieran los demás o los titulares del poder, porque hay cosas que son injustas de suyo. En otras palabras: hay cosas que *no son indiferentes* para la justicia. Que los coches circulen por la derecha o por la izquierda, *con tal que circulen por uno u otro lado*, es de suyo indiferente. (...) Pero no es una opción libre [no es indiferente a la

¹⁵⁵ Cuando un Ayuntamiento (Municipio), al regular la circulación, señala unas calles de dirección única y otras de doble circulación, pone semáforos, marca pasos para peatones, etc., está repartiendo el uso de la superficie de las calles de la ciudad entre los distintos usuarios, está asignando y regulando espacios y tiempos a quienes circulan, en coche o sin él, por la ciudad. Está regulando derechos. Este mismo fenómeno se da en las relaciones entre los particulares. Toda compraventa supone una redistribución del producto vendido y del dinero pagado, que cambian de titular. Reparto es cada testamento, cada contrato de trabajo, etc. Los derechos que se originan o que se modifican por esa acción humana son los derechos *positivos*. Cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el Derecho?...*, cit., p. 42.

¹⁵⁶ Dicho en otras palabras, por razón del origen del título y de la medida, el derecho –lo *suyo* de cada uno, la cosa justa– se divide en *ius o iustum naturale* (derecho natural) y *ius o iustum positivum* (derecho positivo). El primero procede de la naturaleza, el segundo proviene del concierto y de la voluntad de los hombres. Esa procedencia quiere decir que hay cosas que están atribuidas a una persona en virtud de la misma naturaleza del hombre –esto es que su título procede del ser mismo del hombre– y que se miden según la naturaleza de las cosas; y que hay cosas que están atribuidas por decisiones de los hombres (título positivo) y se miden según criterios fijados por la voluntad y el concierto humanos (medida positiva). Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Bogotá: Temis, 2006, 2º ed., pp. 65-66.

¹⁵⁷ J. HERVADA, *¿Qué es el Derecho?...*, cit., p. 43.

naturaleza humana] que dos trenes circulen, sin limitaciones ni desvíos, por la misma vía y con dirección contraria, porque, o se pararán en el punto donde se encuentran y entonces se habrá lesionado el derecho de los usuarios a viajar (...), o se pararán por la fuerza del choque, en cuyo caso se habrá lesionado el derecho a la vida y a la integridad física de los viajeros.”¹⁵⁸

Conforme a lo antes señalado, el campo del derecho positivo se delimita de un modo claro: su materia posible es lo *indiferente*. Por lo mismo, para distinguir si una norma es de derecho positivo o de derecho natural, hay que ver su grado de indiferencia respecto de la naturaleza humana. En cuanto tenga de indiferente, tendrá de derecho positivo. En este sentido, no será lógico pensar o decir que, en orden a lo justo, da lo mismo respetar la vida de un hombre inocente o matarlo, que resulta indiferente estafar al prójimo o ser honrado, que es igual criar y educar a los hijos que abandonarlos en la calle o maltratarlos. Hay cosas y conductas que son justas o injustas de suyo, respecto de las cuales no es razonable sostener que quebrantan tan solo un *valor relativo* (como dice el relativismo) o una pauta de comportamiento socialmente aceptada (según afirma el sociologismo). Decir que hay cosas en sí mismas justas y cosas de suyo injustas significa que hay cosas conformes con postulados naturales de la recta razón y postulados contrarios a ella. Por eso se dice que es de derecho natural o contrario a él lo que la razón natural dicta como justo o como injusto.¹⁵⁹

Como la razón tiene por acto propio conocer, es evidente que si capta cosas de suyo justas o injustas es porque conoce algo objetivo, con realidad y consistencia propias, que es criterio objetivo de lo justo y de lo injusto. Ese algo objetivo es la persona humana, en cuanto representa una individuación de la naturaleza del hombre. Lo que capta la razón es que la persona humana es titular de derechos y que su propia

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 43-44. En el mismo sentido Montejano afirma que “en el derecho positivo encontramos dos tipos de normas: las que son accidentalmente positivas y las que son esencialmente positivas. El Código Penal cuando incrimina el homicidio es un ejemplo del primer caso; las reglas de tránsito cuando obligan al conductor a circular por la derecha es un ejemplo del segundo. Para el positivista no hay ninguna diferencia entre ambos casos. Para nosotros, sí. En el primer caso el legislador humano confiere por su sanción sólo positividad formal a una norma no positiva, no puesta por fuente humana, una norma propia del derecho natural. En el segundo caso existe positividad formal y material, porque el contenido es determinado por el legislador humano.” B. MONTEJANO (h), *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, 8º ed., p. 197.

¹⁵⁹ Cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el Derecho?...*, cit., 45-46.

naturaleza es fundamento y criterio de dichos derechos. “(...) [S]i lo que captasen las nociones de lo justo y de lo injusto –nos dice Hervada– fuese la conciencia subjetiva, todo se reduciría a un juego de opiniones, cosa –según hemos visto– no razonable. Por eso, la razón, y no la conciencia subjetiva, conoce lo justo y lo injusto no indiferente. Esto es el derecho natural.”¹⁶⁰

Como recuerda D’Agostino “la idea de naturaleza hace referencia a una dimensión *sobre la cual no tenemos posibilidad de obrar*, sino que, por el contrario, nos domina o, al menos, nos condiciona, constituyendo para nosotros el horizonte posible de pensar la justicia. Referirse a la naturaleza [humana] implica, por ello, referirse a una dimensión que (...) constituye un límite *objetivo* a la voluntad del hombre, y, en particular, a la voluntad de quien detenta el poder.”¹⁶¹

Podemos concluir entonces que, conforme a lo postulados del realismo jurídico clásico, en Derecho hay cosas que no pertenecen al campo de lo opinable, sino a la verdad¹⁶², porque son realidades objetivas, y que ese conjunto de realidades objetivas se resume en la naturaleza humana y en la ley natural, es decir, en el título y en la medida, respectivamente, del derecho natural.

2. Naturaleza humana y matrimonio: razones antropológicas (y jurídicas) de la heterosexualidad del matrimonio.

Según se ha visto, decir que el matrimonio es una institución natural, implica sostener que nace de la naturaleza humana¹⁶³. En otras palabras, que el matrimonio

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶¹ F. D’AGOSTINO, *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Temis, 2007, p. 60.

¹⁶² La verdad es la relación entre el espíritu conocedor y la realidad objetiva que tiene lugar mediante el acto del conocimiento. Puede decirse que a través del conocimiento tiene lugar una forma particular de acuerdo, una adecuación entre dos extremos: lo que está “fuera” del sujeto conocedor, o sea, la realidad objetiva (por una parte); y (por otra parte) lo que está “dentro”, lo que en ese momento penetra en el interior del sujeto conocedor a través del acto cognoscitivo (en forma de representación, concepto, pensamiento, juicio, etc.). Precisamente ese tipo de identidad –de adecuación, de correspondencia, de igualdad de formas– entre la realidad objetiva y el espíritu conocedor, es lo que se quiere expresar con el concepto de “verdad”: *adaequatio rei et intellectus*, la adecuación de la cosa con el entendimiento. Cfr. J. PIEPER, *La verdad de las cosas, concepto olvidado*. En: Revista Universitas N° 4, Stuttgart, 1970.

¹⁶³ Hay quienes prefieren hablar de “biología” para evitar la expresión “naturaleza humana”, al considerarla un concepto denigrado desde el siglo XVI. Sin embargo, ésta última expresión (naturaleza

sigue a la persona humana. En tal sentido, y conforme a esta concepción personalista del matrimonio, cuanto más sepamos, en un primer momento, qué es el ser y la dignidad de la persona humana, más podremos comprender, en un segundo momento, qué es el matrimonio.¹⁶⁴

Pues bien, en cuanto a la estructura óptica del ser humano, cabe afirmar que, naturalmente, la especie humana está dividida en varones y mujeres. Varón y mujer se distinguen por un conjunto de características típicas corporales y anímicas, que reciben el nombre de sexo.¹⁶⁵ Al conjunto de características propias del varón se le llama “virilidad” y al conjunto de características peculiares de la mujer se le denomina “feminidad”. Ambas estructuras son dinámicas y complementarias entre sí, pues por un lado tienden y se ordenan a subvenir ciertas necesidades de la persona y de la especie (generación y educación de los hijos y ayuda mutua entre varón y mujer) y, por el otro, se requiere del aporte complementario de la virilidad y la feminidad para obtener dichas finalidades. La complementariedad dinámica se manifiesta por la atracción recíproca entre el varón y la mujer, como tendencia natural (inclinación natural) a la integración en la unidad para la consecución de las finalidades propias del sexo.¹⁶⁶

No obstante, es preciso aclarar que todo ser humano, antes que varón o mujer¹⁶⁷, es persona y, por lo tanto, posee dignidad inherente a su naturaleza, independientemente de su sexo. Este es el fondo de la prohibición de discriminación por razón de sexo: todo ser

humana) tiene un sentido más ontológico y, en nuestra opinión, más apropiado para referirse al *ser* de la persona. Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, *Antropología y matrimonio*. En: G. GARCÍA CANTERO *et alii*, *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?...*, cit., p. 150.

¹⁶⁴ En este sentido, afirma Viladrich que “la raíz natural de la familia es el matrimonio y la raíz del matrimonio es la naturaleza personal del hombre (varón y mujer). La pérdida de la identidad del ser personal del hombre (en su masculinidad y feminidad) es la causa radical de la pérdida de la identidad del matrimonio y ésta, a su vez, es la razón principal de la pérdida de identidad de la familia, como célula natural y básica de toda sociedad auténticamente humana.” P-J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal...*, cit., pp. 20-21.

¹⁶⁵ Así, en la especie humana se da el gonocorismo sexual, o sea la separación de sexos, y el dimorfismo sexual, esto es, la diferencia morfológica entre el varón y la mujer. La distinción de sexos es, pues, una realidad natural, lo que significa que esa distinción no es producto de la voluntad del hombre; ni tampoco es fruto del medio social, como si la evolución cultural hubiera hecho de unos seres “varones” y de otros “mujeres”. En el plano radical de la distinción de los sexos, tal distinción es natural. Cfr. *Ibidem*, p. 49.

¹⁶⁶ Cfr. J. HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, Pamplona: Eunsas, 1989, p. 121.

¹⁶⁷ Entiéndase ese “antes” no en un sentido de temporalidad, sino más bien como una referencia a un plano de mayor radicalidad, que es el plano del *ser personal*.

humano, varón o mujer, es igualmente y de manera radical *persona*, y por ello, dotado de dignidad. Sin embargo, esto mismo permite explicar, sin incurrir en discriminaciones injustas, que varón y mujer, en cuanto dotados –respectivamente– de virilidad y feminidad, son distintos.¹⁶⁸

En palabras de Viladrich, “no hay más que una única e idéntica condición esencial de persona, la persona humana, tan predicable del varón como de la mujer, porque el *sustrato personal*, aquel plano en el que se es “persona”, es más radical que la dualidad de sexos (...) De ahí proviene el que podamos decir que, *en el plano personal*, varón y mujer son *igualmente personas*, igualmente dignos y poseedores, en cuanto personas, de idénticos derechos y deberes.”¹⁶⁹ Pero –continúa el citado autor– “una cosa es el plano sustancial de “persona”, y otro el plano de la dimensión sexual. En este último, varón y mujer no son, respectiva y recíprocamente, ni superior, ni inferior, son sencillamente distintos.”¹⁷⁰

En este sentido, es posible afirmar que el matrimonio es una integración de personas (seres humanos iguales en dignidad) en lo que son diferentes (virilidad y feminidad). Esto debe ser comprendido a cabalidad para no incurrir en el frecuente error de considerar a un sexo como mejor o peor que el otro (negando toda igualdad en el plano personal), o bien de pretender eliminar toda diferencia entre varón y mujer (plano sexual) al punto de prescindir de la heterosexualidad como componente esencial de la institución matrimonial.¹⁷¹

¹⁶⁸ Por esa razón, María Blanco, citando la alocución de Benedicto XVI dirigida a la Rota Romana el 27 de enero de 2007, ha manifestado: “A mi juicio, la piedra de toque de esta materia es que el matrimonio tiene su verdad, que se deduce de la realidad sexualmente diferenciada del hombre y de la mujer, con sus profundas exigencias de complementariedad, de entrega definitiva y de exclusividad. Y sólo a partir de esta unidad dual de la pareja humana se puede elaborar una auténtica antropología jurídica del matrimonio.” M. BLANCO, *La ecología del matrimonio*. En: G. GARCÍA CANTERO *et alii*, *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?...*, cit., pp. 74-75.

¹⁶⁹ P-J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal...*, cit., pp. 50-51.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷¹ Para Elósegui Itxaso, no comprender correctamente la igualdad entre las personas, así como la diferencia entre los sexos, suele llevar con frecuencia a dos errores que es preciso superar: o bien a insistir tanto en la diferencia –dejando de lado la igualdad y la dignidad inherente– que se termina creando un mundo separado que da lugar a la subordinación de la mujer al varón (y viceversa); o bien a intentar borrar las diferencias entre los sexos, entre lo dado y lo construido o entre la naturaleza y la cultura, para terminar sosteniendo que la heterosexualidad no es exigible para el matrimonio. Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, *Antropología y matrimonio...*, cit., p. 146.

Como se ha dicho, en el plano sexual, ser varón y ser mujer no significa ser superior, ni inferior, ni igual, sino ser distintos. Por ello es correcto afirmar que la necesaria heterosexualidad del matrimonio se basa en la diferencia intrínseca –léase ontológica o natural– entre los sexos masculino y femenino; aunque en el plano del ser personal tanto el varón como la mujer tengan la misma dignidad.

Sin embargo, es importante recordar también que tanto el varón como la mujer son naturalezas humanas *completas*, de suerte que para desarrollarse plenamente como personas no es requisito imprescindible la unión con el otro sexo o el reunir los dos sexos en una sola persona.¹⁷² El ser humano tiene el derecho a decidir su propio estado civil. Respecto del matrimonio tiene la libertad de contraerlo o de no contraerlo. También es libre de contraerlo con quienquiera que tenga aptitud nupcial. Pero una vez efectuada la doble elección (casarse o no y con quién hacerlo), el varón y la mujer ingresan en una estructura objetiva que forma parte del orden natural y que ellos no inventan.¹⁷³

Si esto es así, ¿cuál es el sentido de la dinámica complementariedad entre la virilidad y la feminidad a la que se ha hecho referencia en párrafos precedentes?.

3. La complementariedad entre los sexos: el correcto sentido de la diferenciación sexual entre los cónyuges.

La diferenciación sexual entre varón y mujer y la consiguiente complementariedad de los sexos, tiene por finalidad básica –como ocurre en todas las especies vivas– la fecundidad, de modo tal que “mediante la distinción y la colaboración entre los sexos, cada generación de varones y mujeres asegura la continuación de la vida humana, procreando y educando a otra nueva generación.”¹⁷⁴

¹⁷² Es decir, se puede realizar totalmente la condición de *ser persona* siendo varón o siendo mujer, sin necesidad de ser las dos cosas a un mismo tiempo. Cfr. P-J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal...*, cit., p. 51.

¹⁷³ Cfr. B. MONTEJANO (h), *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, 8º ed., p. 218.

¹⁷⁴ P-J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal...*, cit., p. 53.

Como explica Hervada, “no debe perderse de vista que la sexualidad –caracteres primarios y secundarios– es algo más que función reproductiva, pues abarca amplias manifestaciones de la persona humana, pero en ella está impresa de modo inherente y constitutivo dicha función, que descansa en la estructura primaria del sexo. Por lo tanto, la unión de varón y mujer –la integración personal–, que obedece en su institución a la finalidad procreadora, contiene la tendencia a la procreación y educación de los hijos.” Y continua señalando que “en este sentido, un amor conyugal verdadero tiene también por objeto a la persona del otro sexo en cuanto potencialmente es padre, en el caso del varón, o madre, en el caso de la mujer. Y en la medida en que el matrimonio consiste en la unión de dos personas, en el matrimonio existe –en el plano jurídico y en el de la realidad social– una esencial *ordinatio ad prolem*”¹⁷⁵.

Sin embargo, dicha finalidad claramente básica y necesaria para la perpetuación de la especie humana (generación y educación de la prole), no es la única que explica el sentido de la complementariedad entre varón y mujer, así como la necesaria heterosexualidad del matrimonio. Para comprender esta afirmación, es preciso, ante todo, caer en la cuenta que la distinción sexual entre varón y mujer es más profunda y tiene que ver con muchos más aspectos de la persona, que la simple diferencia en los órganos reproductores. En otras palabras, varón y mujer son distintos no sólo porque el primero tiene pene y testículos y la segunda vagina y útero. Como se ha dicho antes, varón y mujer se distinguen por un conjunto de características típicas corporales, pero también anímicas, que reciben el nombre de virilidad y feminidad, respectivamente. De esta manera, virilidad y feminidad *modalizan* el ejercicio de todas las potencias de la persona.

Esto último es explicado por Viladrich¹⁷⁶ en los siguientes términos: “... el ser varón –virilidad– o el ser mujer –feminidad– no se agota solamente en la función generativa. Atañe la distinción sexual a aspectos más amplios y profundos de la persona (temperamento, sensibilidad, mentalidad, psicología, etc.), la cual, al actuar todas sus

¹⁷⁵ Debe tenerse presente, empero, que, esa prole, que es fin del matrimonio, es el “hijo educado”, de tal forma que generación y educación no son, propiamente hablando, dos fines del matrimonio, sino un único fin. J. HERVADA, *Una Caro...*, cit., p. 53.

¹⁷⁶ P-J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal...*, cit., pp. 51-52.

potencias, lo hace a través de la peculiaridad de su modalidad sexual”. Y continúa: “La inteligencia y la voluntad, por ejemplo, no son en sí mismas masculinas ni femeninas, pero la virilidad y la feminidad modalizan su ejercicio dándole tonalidades propias, que no significan mayor o menor inteligencia o voluntad, sino rasgos peculiares en el camino de entender y del querer.” Esto sería así porque: “el *ser personal* (...) obra a través de las características propias de sus dimensiones, incluida la sexual y su modalización viril o femenina; y al obrar, *ese obrar queda modalizado* por el cauce de tales características, entre ellas la virilidad y la feminidad.”

Conforme a lo anterior, se comprende que la diferencia antropológica entre varón y mujer no sólo es física, sino también psíquica. Ello permite concluir que hombre y mujer aportan a las relaciones conyugales no sólo su diferencia biológica, sino su identidad sexual completa, que incluye –como se ha dicho– una diferencia psíquica. A su vez, esta afirmación permite explicar porqué unas relaciones heterosexuales estériles no pierden aun así su sentido, porque el varón y la mujer siguen enriqueciendo esas relaciones basándose en su diferenciación sexual, que se extiende a toda la persona completa y al desarrollo de su conducta en todos los órdenes, y no sólo en el reproductivo.¹⁷⁷

En otras palabras, por las diferencias existentes entre virilidad y feminidad, lo que en el matrimonio se aportan varón y mujer de manera recíproca, es mucho más que sus respectivas corporalidades y su capacidad reproductora¹⁷⁸, a tal punto que, aún en caso de esterilidad o impotencia sobrevenida, el matrimonio sigue siendo la unión integral de varón y mujer en su complementariedad.

¹⁷⁷ Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, *Antropología y matrimonio...*, cit., pp. 161-162.

¹⁷⁸ Además de la generación y educación de la prole, el matrimonio tiene también como finalidad la mutua ayuda entre varón y mujer. En palabras de Hervada “la mutua ayuda representa el sentido y la misión de servicio mutuo que contiene el matrimonio. Comprende muchos aspectos –afectivos, de consejo, compañía, etc.– difícilmente expresables. De entre ellos, el más captable externamente consiste en la complementariedad y ayuda en la vida del hogar, entendiendo por tal –por hogar–, no un *locus*, sino el núcleo de vida privada que, jurídicamente, la doctrina ha tipificado en el derecho a los alimentos y en la cohabitación (comunidad de mesa, lecho y habitación). (...) la mutua ayuda es *fin*, porque está abierta –ordenada– a los hijos, cuando éstos son engendrados. La mutua ayuda es, pues, un bien y un fin del matrimonio con valor y bondad (razón de subsistencia) por sí. Por eso, en caso de esterilidad, la mutua ayuda no pierde su valor.” J. HERVADA, *Una Caro...*, cit., p. 57.

Queda claro entonces que las uniones entre personas del mismo sexo, al faltarles la diferenciación sexual y la consiguiente complementariedad, son relaciones indudablemente distintas al matrimonio. En consecuencia, pretender darles el mismo tratamiento, implica en el fondo desconocer las diferencias antropológicas entre ambos tipos de unión.

No obstante lo antes señalado, uno de los argumentos que con más frecuencia invocan quienes pretenden el reconocimiento del “matrimonio” entre personas del mismo sexo, está basado en el principio–derecho a la igualdad, pues sostienen que negar a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio entre sí, constituye un trato discriminatorio que está proscrito no sólo en la Constitución peruana, sino también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, en este punto resulta oportuno traer a colación la STC N° 06155-2006-AA, en la que el Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución, manifestó que “desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad (...), no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma”.¹⁷⁹ En este sentido, si desde una perspectiva antropológica son más que evidentes las diferencias existentes entre el matrimonio (heterosexual) y las uniones entre personas del mismo sexo, y más aún, es previsible que dichas diferencias tengan una incidencia decisiva en el logro de las finalidades o funciones atribuidas desde siempre al matrimonio (entendido como realidad natural), no es difícil advertir que el trato diferenciado –no igualitario– entre ambas clases de unión, responde, sin duda alguna, a un “criterio razonable, objetivo y esencial”, en los términos empleados por el

¹⁷⁹ C. LANDA ARROYO, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 71.

supremo intérprete de la Constitución, de lo que resulta el poco peso argumentativo del principio–derecho a la igualdad en esta sede.

4. Entre lo “dado” y lo “construido”: modelos de relación sexo–género.

Sin perjuicio de lo antes señalado y para evitar caer en confusiones lamentablemente frecuentes, es preciso tener muy en claro que la *modalización* de las conductas personales por efecto de la virilidad y feminidad, al ser –según se ha visto– un dato antropológico que se sustenta en la propia naturaleza humana, es algo totalmente distinto de los comúnmente llamados *roles*, que no son otra cosa que el conjunto de comportamientos asumidos por varón y mujer en un determinado contexto cultural y que, por lo tanto, cambian con la historia por ser producto de la misma historia.

Como se puede apreciar, se trata de establecer una clara diferencia entre lo “natural” y lo “cultural”, entre lo “dado” y lo “construido”; en definitiva, entre el sexo y lo que desde los años sesenta algunos han denominado como *género*, sin que ello implique negar la existencia de cierta relación entre ambos, que no es lo mismo que sostener su identidad.

Sobre esto último, Elósegui Itxaso¹⁸⁰ informa que en la actualidad se presentan tres posibles modelos de las relaciones entre sexo –o identidad sexual– y género¹⁸¹.

El primero modelo de relación –que la autora no duda en calificar de falso y superado– afirmaba que a cada sexo le correspondía por necesidades biológicas una funciones sociales invariables a lo largo de la historia; es decir, la biología determinaría todos los roles sociales y a cada sexo le correspondería un rol intransferible. Las

¹⁸⁰ Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Madrid: Eiunsa, 2002, pp. 45-92.

¹⁸¹ Como advierte Elósegui, mientras el sexo es biológico, el género sería una construcción cultural correspondiente a los roles o estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos. Desde un análisis científico se observa que muchas argumentaciones carecen de rigor ya que se confunden continuamente los planos biológicos y culturales. Así, se colocan perspectivas que debieran estar situadas en el plano biológico como si fueran algo cultural, y se llega a decir que la heterosexualidad y la reproducción son una construcción social biologizada. Cfr. *Ibidem*, p. 43.

características de este primer modelo se resumirían en: (i) identidad sexo-género; (ii) diferencia sin igualdad; (iii) diferencia como inferioridad y subordinación; y (iv) dependencia de la mujer con respecto al hombre.

El segundo modelo parte de considerar una radical separación o independencia entre lo biológico y lo cultural y de la idea de que no hay nada “dado”. En otras palabras, se afirma que lo cultural no tiene absolutamente ninguna base biológica, de tal forma que la virilidad y la feminidad constituyen dos conceptos independientes que apenas correlacionan con el sexo biológico. La mujer puede identificarse con el varón porque se considera que no existe nada previamente dado en su identidad, no hay ninguna diferencia entre varón y mujer, ni siquiera biológica. Se defiende una identidad en las funciones sociales, todas son absolutamente intercambiables, porque hombre y mujer son idénticos. Como sostiene la autora, este segundo modelo se defiende desde dos perspectivas diferentes, por una parte desde cierto feminismo y por otra desde el análisis de la homosexualidad¹⁸²; y sus características podrían resumirse en lo siguiente: (i) independencia entre sexo y género; (ii) igualdad sin diferencia; y (iii) asimilacionismo mujer-varón.

El tercer y último modelo parte de considerar, sin lugar a dudas, que los sexos son necesariamente varón o mujer, pero que las funciones atribuidas culturalmente a cada sexo pueden ser en algunos aspectos intercambiables. De esta manera, el género en algunas de sus dimensiones se fundamenta necesariamente en el sexo biológico, pero en otras, las funciones o reparto de las tareas entre varón y mujer, en una época u otra, no tienen ninguna base biológica. Este tercer modelo propugna la interdependencia entre los distintos sexos: *una igualdad en la diferencia*. Reivindica que los dos sexos deben

¹⁸² Se refiere a los primeros movimientos feministas de los sesenta que reclamaban la independencia de la mujer con respecto del varón, así ocupar los lugares que en el mundo público sólo habían pertenecido a los hombres. La mujer huye del mundo privado porque considera que este le causa esclavitud y pone las esperanzas de su “liberación” en su incorporación al mundo laboral, al mercado de trabajo. Esto que se traduciría en varios logros de orden legislativo (igualdad formal en el ámbito jurídico), trajo también un serio inconveniente: como el primer feminismo planteó la incorporación de la mujer a la esfera pública en términos de liberación del ámbito privado, la mujer se debía liberar de la biología, es decir, de la maternidad, lo que suponía el absoluto control de la reproducción (incluyendo el aborto a petición) y la total liberación sexual; aparece la moda bisexual, se incrementa la homosexualidad que se presenta como un modo de vida “idílico” y se intenta buscar una base científica a la afirmación de que la heterosexualidad y homosexualidad son aspectos igualmente normales de la naturaleza humana. Cfr. *Ibidem*, pp. 50-52.

estar simultáneamente presentes en el mundo de lo privado y de lo público. A la vez que reclama más presencia de la mujer en la vida pública, considera igualmente necesaria una mayor presencia del varón en los asuntos domésticos, y en el mundo de la educación de los hijos.

Sin embargo, en esta mutua cooperación hay que distinguir, en ambos ámbitos (público y privado), las funciones intercambiables que pueden ser realizadas indistintamente por personas de cualquier sexo, de aquellas otras funciones o roles que están necesariamente conectadas a una diferenciación biológica y que no son transferibles al otro sexo. En otras palabras, según el tercer modelo, no todo es cultural; si bien reconoce la no identidad entre sexo y género, añade también como necesario el reconocimiento de que no todos los estereotipos sociales atribuidos a los sexos son siempre indiferentes, sino que algunos de ellos tienen una mayor raigambre o base biológica, de manera que no son una mera construcción cultural cambiante, sino que están inexorablemente unidos a la diferenciación sexual. Así, no es lo mismo ser padre que madre a la hora de educar a los hijos; los dos papeles son insustituibles, complementarios y no intercambiables.

En resumen, las características de este tercer modelo de relación sexo–género, serían las siguientes: *(i)* relación sexo–género pero no identidad; *(ii)* igualdad y diferencia entre varón y mujer; y *(iii)* interdependencia entendida como corresponsabilidad entre varón y mujer.

No es difícil advertir que este tercer modelo guarda coherencia con la consideración del matrimonio como integración de varón y mujer en su complementariedad, pues por un lado reconoce que varón y mujer, por ser personas, son iguales en dignidad, pero a su vez advierte que dicha igualdad no implica en modo alguno negar las diferencias naturales –biológicas se dice– entre los sexos, afirmando también expresamente que la virilidad y la feminidad trascienden el mero dato biológico, a tal punto que existen funciones o “roles” atribuidos comúnmente a los sexos que no tienen nada de cultural o construido, sino que responden a lo “dado”, a la naturaleza, y que en consecuencia, no son intercambiables, ni transferibles, ni susceptibles de aprendizaje real por el otro sexo.

Conforme a lo antes dicho, el argumento según el cual, la diferencia de trato entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo sería discriminatoria por tener como base la aplicación estereotipada de las características presumidas de un grupo de personas (homosexuales), es igualmente cuestionable desde la perspectiva de una correcta relación sexo-género; pues como se ha visto, lo cierto es que las diferencias existentes entre las características atribuidas a la relación varón-mujer y las características que se pueden atribuir a las relaciones entre personas del mismo sexo responden, muchas de ellas, a criterios biológicos o naturales, y no necesariamente a factores culturales o a estereotipos sociales.

5. La unidad y la indisolubilidad como rasgos esenciales de la institución natural del matrimonio.

Es lugar común en sede de Derecho natural afirmar que la unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, lo que implica sostener que dimanen de su esencia. Y como se ha visto, la esencia del matrimonio está constituida por el varón y la mujer unidos en su conyugalidad o complementariedad, esto es, en la virilidad y la feminidad.¹⁸³

Desde otra perspectiva, las propiedades esenciales –unidad e indisolubilidad– son aquellas características o rasgos estructurales que permiten a los cónyuges alcanzar a plenitud los fines del matrimonio, es decir, la generación y la educación de la prole, así como la ayuda mutua, finalidades ambas que explican la complementariedad de los sexos y la necesaria heterosexualidad del matrimonio.

Unidad es lo mismo que monogamia, es decir, que sólo puede existir matrimonio entre un varón y una mujer, lo que significa que el matrimonio constituye una unión exclusiva y excluyente. Esta exclusividad, y la consiguiente exclusión de cualquier tercero, responde al hecho que la unión entre varón y mujer implica una relación de coposesión y participación en la entera virilidad y en la entera feminidad, de tal modo

¹⁸³ Cfr. J. HERVADA, *Cuatro lecciones...*, cit., p. 127.

que no es posible –en términos de justicia– que dos o más varones participen de la entera feminidad de una mujer, ni que dos o más mujeres participen de la entera virilidad de un varón.¹⁸⁴

Por otro lado, hay que anotar que, si bien varón y mujer son distintos (no como personas humanas con dignidad, sino en sus respectivas modalidades sexuales), no es menos cierto que tanto la virilidad como la feminidad son bienes o valores iguales, en el sentido que toda mujer tiene en sí, al menos potencialmente, todo lo necesario para complementar al varón, y todo varón tiene sí, también potencialmente, todo lo necesario para complementar a la mujer. En consecuencia, un varón y una mujer son, uno para el otro, completos y suficientes para el mutuo complemento. Dicho esto, no es difícil advertir que la poliginia (clase de poligamia donde el varón recibe totalmente a cada una de sus mujeres, pero las mujeres no reciben totalmente al varón) o la poliandria (supuesto inverso), conllevan a situaciones de desigualdad, y por ende, de injusticia; pues en el fondo, en ambos casos subyace la idea de considerar a alguno de los sexos en situación de inferioridad respecto del otro. A ello cabe añadir, siguiendo a Hervada¹⁸⁵, que la poliandria dificulta la procreación de la prole –cosa que ocurre en la mujer con frecuente trato sexual con distintos varones, como es el caso de la prostitución– y, procreada ésta, dificulta su educación, por carecer de padre cierto. Por lo demás, tanto en la poliginia como en la poliandria, resulta gravemente dañada la convivencia familiar, así como la ayuda mutua.

La indisolubilidad, por su parte, se deduce fácilmente del hecho que el matrimonio es una institución fundada en la naturaleza humana. En efecto, por ser de derecho natural, el matrimonio sólo puede ser disuelto por una causa intrínseca en virtud de la cual desaparezca alguno de sus componentes esenciales, lo cual ocurrirá con la muerte de alguno de los cónyuges.

¹⁸⁴ Por naturaleza toda la feminidad está ordenada a complementarse con toda la virilidad, de modo que el matrimonio entre un varón y una mujer es ya unidad en la naturaleza plena y total. La unión polígama es imposible que constituya una unidad en la naturaleza. Cfr. *Ibidem*, p. 133.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 135.

En tal sentido, se ha dicho¹⁸⁶ que en aquellos ordenamientos civiles que regulan el divorcio vincular (que son la gran mayoría), las sentencias de divorcio no disuelven realmente el matrimonio, sino que en realidad son sentencias que producen la ineficacia jurídico-positiva o legal del vínculo; en tal sentido, la interpretación más favorable a la leyes de divorcio no podría ir más allá de reconocerlas como causantes de la ineficacia del matrimonio. Como consecuencia de ello, la posterior unión de los divorciados no sería –desde el punto de vista del derecho natural– verdadero matrimonio; sería una unión no matrimonial a la que el derecho positivo concede simplemente efectos de matrimonio.

En este punto, seguramente más de uno pensará que no hay mayor diferencia entre el matrimonio natural y el matrimonio canónico, salvo que éste último es elevado a la condición de sacramento, y ciertamente no se equivoca. El matrimonio como realidad natural es uno solo y por ello no cabe hacer distinciones más allá de la antes advertida. Por eso con razón se ha dicho¹⁸⁷ que la elevación del matrimonio a la dignidad de sacramento no supone la alteración de la naturaleza del pacto matrimonial; implica, por el contrario, la incorporación de este instituto natural al orden sobrenatural de la gracia. Es el mismo negocio jurídico matrimonial, ordenado por el Derecho natural, el que adquiere el rango de sacramento cuando se contrae entre bautizados y el que de esta forma queda instituido como signo sensible que confiere la gracia.

Pero no por ello vaya a pensarse que la consideración del matrimonio como instituto natural encuentra cobijo sólo en la tradición de la Iglesia católica y en su vertiente jurídica que es el Derecho canónico. Contra lo que se suele afirmar –evidenciando un alarmante desconocimiento de las fuentes– es posible encontrar una clara referencia a la naturaleza humana como fundamento y título del matrimonio en la obra Kant, cuya filosofía idealista se sitúa bastante lejos de los presupuestos filosóficos del cristianismo.

En efecto, para Kant:

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 137-138.

¹⁸⁷ Cfr. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial ...*, cit., pp. 17-27.

“La comunidad sexual (commercium sexuelle) es el uso mutuo de los órganos y de las facultades sexuales de un individuo de sexo diferente (usus membrorum et facultatum sexualium alterius). Este uso es natural (aquel por el cual se puede procrear a su semejante), o contra naturaleza. Este último tiene lugar o con una persona del mismo sexo, o con un animal extraño a la especie humana. Estas transgresiones de las leyes, estos vicios contra naturaleza (crimina carnis contra naturam), llamados también sin nombre, no pueden justificarse, como lesión de la humanidad en nuestra propia persona (...), contra la reprobación universal. Ahora, el comercio sexual natural tiene lugar, o según la naturaleza animal pura (vaga libido, venus vulgivaga, fornicatio), o según la ley. Esta última especie de comercio es el casamiento (matrimonium); es decir la unión de dos personas de diferente sexo para la posesión mutua, durante toda su vida, de sus facultades sexuales. El fin del matrimonio, que es procrear y educar los hijos, puede ser siempre un fin que la naturaleza se ha propuesto al dar al hombre la inclinación recíproca de los sexos; pero el hombre que se casa no está obligado, so pena de ilegitimidad en la unión, a proponerse este fin: de otro modo al cesar la facultad de engendrar, el matrimonio se disolvería por sí mismo o por pleno derecho. Lo mismo decimos en la suposición de que el placer, en el uso mutuo de las facultades genitales, fuera el único fin de la unión del hombre y de la mujer; el contrato de matrimonio tampoco es facultativo por este concepto; es un contrato necesario por la ley de la humanidad. Es decir, que, si un hombre y una mujer quieren gozar recíprocamente uno de otro, es necesariamente indispensable que se unan en matrimonio; así lo requiere la ley de derecho de la razón pura.”¹⁸⁸ (el énfasis es nuestro).

E incidiendo sobre la necesidad del matrimonio para que la comunidad sexual se considere natural, el filósofo recalca que:

“(...) la adquisición de un cierto miembro en el hombre equivale a la adquisición de toda la persona, –porque la persona forma una unidad absoluta.– De donde se sigue que la cesión y la aceptación de un sexo para uso de otro son, no solamente permitidas bajo condición de matrimonio, sino que no son posibles más que bajo esta única condición.”¹⁸⁹ (el énfasis es nuestro).

Pero el citado autor no hace referencia sólo al carácter natural del matrimonio y a la necesaria heterosexualidad e indisolubilidad del vínculo (unión natural de dos personas de diferente sexo para la posesión mutua, durante toda su vida), sino que también se pronuncia expresamente respecto de la unidad o carácter monógamo de la unión. Así, afirma lo siguiente:

¹⁸⁸ I. KANT, *Principios Metafísicos del Derecho*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1873, pp. 112-113.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 114.

“(…) la relación de los esposos es una relación de igualdad de posesión, así de las personas que se poseen recíprocamente como de las fortunas; pero solamente en la monogamia, porque en la poligamia la persona que se entrega no adquiere más que una parte del que la recibe entera, y se hace por consiguiente pura y simplemente cosa suya.”¹⁹⁰ (el énfasis es nuestro).

A estas alturas del discurso queda claro que, salvo por la indisolubilidad –que no es lo mismo que estabilidad–, la imagen del matrimonio preponderante en la cultura jurídica del país coincide con la concepción del matrimonio como institución natural, por lo que se puede afirmar que esa imagen constituye un reflejo bastante fiel de la realidad ontológica del vínculo matrimonial.

Queda ahora por ver cuál es el sentido del deber de promoción del matrimonio impuesto por el constituyente a la comunidad y al Estado.

6. El deber constitucional de promoción del matrimonio. Las funciones estratégicas de la familia y el sentido de una garantía institucional “reforzada”.

Al igual que la Constitución actual, la Carta de 1979 reconocía expresamente al matrimonio como institución jurídica constitucionalmente garantizada¹⁹¹; sin embargo, mientras que la Constitución anterior protegía el matrimonio, la actual impone a la comunidad y al Estado el deber de promoverlo. Sobre esta diferencia de tratamiento, Rubio Correa se ha pronunciado en el sentido que la fórmula de la Constitución de 1993 representa un cambio de significado en torno a la consideración del matrimonio, porque más allá de protegerlo, ordena promoverlo, es decir, estimularlo, lo que implica hacer que las parejas se casen, desde luego respetando su voluntad.¹⁹²

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 114.

¹⁹¹ Constitución de 1979.- Artículo 5.- El Estado protege al matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

¹⁹² Cfr. M. RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución...*, cit., p. 16.

¿Por qué esa especial consideración del matrimonio a tal punto que el constituyente ordena a la comunidad y al Estado suscitar su celebración?. La respuesta, en nuestra opinión, tiene que ver con el modelo de familia constitucionalmente garantizado y con el cumplimiento de las funciones estratégicas que tradicionalmente le han sido atribuidas¹⁹³, que no son otras que la generación y educación de la prole como garantía del relevo generacional.¹⁹⁴

En efecto, con relación al modelo de familia constitucionalmente garantizado, Plácido Vilcachagua¹⁹⁵ ha señalado que la simple lectura de los artículos 4º y 6º de la Constitución peruana permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto. De esta forma, la noción constitucional de familia no alude pues, esencialmente, a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. Todo intento de “ensanchar” lo familiar a vínculos no relacionados con la generación y las obligaciones que de ella intrínsecamente derivan, principalmente para los progenitores, debe considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4º, sin perjuicio de ciertas extensiones analógicas (adopción), que siempre habrán de mantener esta relación esencial al menos con lo que son las obligaciones subsiguientes a la generación.

En tal sentido, si la familia que la Constitución protege está estrechamente vinculada con la generación y educación de nuevos seres humanos, se puede deducir

¹⁹³ Como han dicho Díez-Picazo y Gullón, en el Derecho de familia puede hablarse de un “orden público familiar”, en la medida en que existe un interés en el mantenimiento de la institución familiar, y en que ésta posea un determinado sentido que no quede abandonado a su propias fuerzas e iniciativas. Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Cfr. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 43.

¹⁹⁴ Como señala Polo Sabau, la intervención social, a través del Derecho y sus mecanismos protectores, ha encontrado tradicionalmente su justificación en la consideración de la trascendencia social del matrimonio, en su relevancia para la comunidad política en tanto que ámbito de realización de la expectativa de generación y crianza de nuevos miembros de la comunidad y, por consiguiente, como una garantía del necesario relevo generacional. Cfr. J. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución...*, cit., p. 37.

¹⁹⁵ Cfr. A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio...*, cit., p. 330.

fácilmente que el deber de promoción del matrimonio impuesto por el constituyente a la comunidad y al Estado tiene que ver con la mayor aptitud de dicho modelo familiar para cumplir con las mencionadas funciones estratégicas de la familia.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a las funciones de generación y educación de la prole, así como al deber de promoción del matrimonio, ha señalado que “la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente [pues] la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. (...) [S]e comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido éste persista aquella, [pero] esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos.”¹⁹⁶

Como se puede apreciar, para el Tribunal Constitucional es claro que la razón por la cual el matrimonio debe ser promovido por la sociedad y el Estado, reside en el hecho que el matrimonio sería un modelo familiar más estable y seguro para los hijos. Sin embargo, es menester precisar que dicha mayor estabilidad y mayor seguridad no deben ser entendidas como atributos inherentes a toda relación que –por la razón que sea– haya obtenido la calificación legal de “matrimonio”; como si la sola denominación o el simple nombre tiñeran de estabilidad y seguridad (como por arte de magia) a la realidad nombrada.

El matrimonio será un modelo familiar digno de ser protegido y promovido a nivel constitucional, en la medida que reúna ciertas notas características que lo distingan claramente de otros “modelos” familiares o basados simplemente en la mera afectividad. Según Martínez de Aguirre¹⁹⁷, esas notas características del modelo familiar matrimonial, que lo harían más apto o idóneo para el logro de las funciones estratégicas de la familia, serían las siguientes: (i) modelo jurídicamente comprometido, caracterizado por la existencia de un vínculo jurídico entre los cónyuges; (ii) modelo

¹⁹⁶ Ver STC pronunciada en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC. (f. j. 10 y 11).

¹⁹⁷ Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*. En: Revista Española de Derecho Canónico Vol. 64 N° 163, 2007, p. 705.

caracterizado por la estabilidad institucional que deriva de la indisolubilidad o la disolubilidad limitada (sólo por las causas legalmente establecidas); y (iii) modelo formado por un hombre y una mujer (heterosexual y monógamo) y vinculado a la procreación.

Mencionadas estas características, debe precisarse que la importancia social de las uniones heterosexuales es muy superior a la de las homosexuales, porque de aquéllas nacen ciudadanos, y de éstas no (función de generación). Por otro lado, el proceso de maduración integral de la persona humana va mucho más allá de los aspectos puramente biológicos, pues comprende también el desarrollo de sus potencialidades intelectuales, volitivas y afectivas. En este escenario, la familia tiene como misión proporcionar el marco adecuado en que tal proceso de humanización o socialización pueda desarrollarse, y vale la pena subrayar –como ya se hizo antes– que en este punto también la diferenciación sexual es importante: padre y madre deben aportar lo que les es propio como varón y como mujer para obtener un desarrollo armónico e integral de sus hijos (función de educación o socialización de los nuevos ciudadanos).¹⁹⁸ En consecuencia, “si la aparición de nuevos ciudadanos está directamente relacionada con la heterosexualidad, el proceso de humanización y socialización de los seres nacidos como consecuencia de las relaciones habidas entre dos personas de diferente sexo se relaciona con la estabilidad del núcleo familiar, estabilidad que es la que puede garantizar, en términos de modelo, que el proceso se va a desarrollar más adecuadamente.”¹⁹⁹

Por lo antes dicho, el modelo familiar matrimonial, heterosexual y estable, resulta ser el más idóneo para cumplir las funciones estratégicas de la familia, lo cual justifica ampliamente su protección y promoción a nivel constitucional, así como su reconocimiento como institución jurídica garantizada.

No obstante lo antes señalado, no puede pasarse por alto que, desde hace algún tiempo atrás, se advierte en el plano legislativo una progresiva desvinculación entre

¹⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 715-716.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 716.

matrimonio y procreación, manifestada tanto en la eliminación de la impotencia como impedimento matrimonial, como en el igual tratamiento de los hijos ante la ley con independencia de su origen matrimonial o no; todo lo cual ha llevado a Asua González²⁰⁰ a sostener que, a la vista de los datos legales, el matrimonio es hoy un objeto de atención para el Derecho, abstracción hecha del tema de la reproducción y de la función progenitora, llegando a afirmar de este modo la separación estructural entre prole y matrimonio.

Sin embargo, si bien en el momento actual no existe a nivel constitucional ni infraconstitucional una necesaria vinculación entre matrimonio y procreación, no es menos cierto –y de esto no cabe duda alguna– que del matrimonio surgen de ordinario nuevos seres humanos, los cuales requieren, para su adecuado desarrollo y bienestar, un ambiente de seguridad y estabilidad familiar.

En esta misma línea, si bien es cierto la impotencia no es considerada por el Código civil peruano como un impedimento matrimonial, no es posible deducir de ello que el legislador ordinario haya dado las espaldas a la realidad natural del matrimonio. Así, con plena consciencia de la diferencia y de la complementariedad sexual entre varón y mujer, y de la consiguiente posibilidad de generación de nuevas personas como consecuencia de dicha unión, el legislador se ha preocupado por establecer, en el artículo 241°, inciso 2) del código sustantivo, que no pueden contraer matrimonio los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole. Impedimento que obedece –guste o no guste–, al hecho que la generación de nuevos seres humanos es una consecuencia posible –y habitual también– del matrimonio heterosexual.

En este punto cabe mencionar que no deja de llamarnos la atención que aún reconociendo las diferencias estructurales entre el matrimonio heterosexual y el llamado “matrimonio” entre personas del mismo sexo, existan quienes –repito, a pesar de aceptar dichas diferencias– no sean capaces de encontrar razones atendibles que justifiquen un

²⁰⁰ C. ASUA GONZÁLEZ, *El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos ad intra y ad extra*. En: Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico 2/2007, pp. 8-11.

trato jurídico diferenciado entre ambas clases de unión y que, por el contrario, se limiten a afirmar que dicho trato diferenciado refleja simplemente un claro perfil de desvalor hacia la pareja homosexual²⁰¹; cuando lo razonable sería sostener que, si efectivamente hay diferencias estructurales entre el matrimonio y la pareja homosexual, el trato y efectos jurídicos no tendrían por qué ser los mismos para ambos casos.

En efecto, es evidente que las parejas homosexuales son estructuralmente incapaces de procrear a nuevos seres humanos. Pero además, luego de haber comprendido las diferencias entre la virilidad y la feminidad, así como la complementariedad entre ambas; habría que preguntarse si, desde una visión antropológica y auténticamente jurídica, una pareja homosexual estaría, dadas las características de dicha unión, en verdaderas condiciones de brindar a un niño (adoptado claro está) todas las oportunidades para su desarrollo saludable e integral en un ambiente familiar estable y seguro.

Si consideramos que todo niño proviene de un varón y de una mujer, que esa es su familia natural y que por ello desde siempre la adopción ha tratado de imitar a la naturaleza, pareciera ser que la respuesta negativa se impone²⁰². Por lo demás, si como ha dicho el supremo intérprete de la Constitución, el matrimonio debe promoverse – entre otras cosas– porque supone mayor estabilidad y seguridad para los hijos²⁰³, es evidente que una eventual “apertura” del matrimonio a las parejas del mismo sexo y la posibilidad de adopción de menores de edad por dichas parejas, dejaría sin sentido el mencionado deber de promoción, que según hemos dicho, guarda estrecha vinculación con las funciones estratégicas de la familia.

²⁰¹ En este sentido, *Ibidem*, p. 19.

²⁰² Como sostiene Rey Martínez, “la propia palabra ‘matrimonio’ (...) etimológicamente evoca la idea de ‘matrix’, de matriz y maternidad. En todo caso, subsiste la duda razonable, a falta de datos fiables y de consenso científico mínimo, sobre los efectos de la educación de los niños por parejas homosexuales y, por tanto, sobre cuál es el mejor interés del menor en estos casos.” F. REY MARTÍNEZ, *Homosexualidad y Constitución...*, pp. 149-150. En similar sentido, es decir, evidenciando la falta de certeza sobre la inocuidad de la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo, consultar P. TALAVERA FERNÁNDEZ, *El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción*. En: J. ALVENTOSA DEL RIO (Dir.), *Matrimonio y adopción...*, cit., pp. 437-450.

²⁰³ Según el psiquiatra Gerard van den Aardweg, citado por Elósegui, una característica de las relaciones homosexuales son su poca duración y la ausencia de fidelidad. Otro fenómeno demostrado por las estadísticas sería la promiscuidad y la sexo-dependencia, así como la estrecha relación existente entre homosexualidad y pedofilia. Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, *Diez temas de género...*, cit., pp. 59-63.

En definitiva volvemos a lo mismo: si la unión entre varón y mujer no es igual a una unión entre dos varones o entre dos mujeres, ¿por qué habría que tratarlas y regularlas igual?. Y en todo caso, si la procreación no es esencial porque la impotencia no constituye impedimento matrimonial –lo cual en opinión de algunos justificaría el trato igualitario entre parejas del mismo o de distinto sexo– porqué entonces promover el matrimonio?.

Estando implícita en la noción de la garantía institucional la idea de la asignación a determinadas instituciones de una función social estructurante en el marco del sistema de convivencia diseñado por la Constitución, será preciso determinar si el llamado “matrimonio” homosexual desempeñaría de algún modo dicha función estructurante en la sociedad, o si, por el contrario, carecerá de toda trascendencia comunitaria debiendo más bien ser reconducido al ámbito de los intereses meramente privados, quedando allí al amparo del sistema de libertades que garantiza la vigencia del principio de autonomía de la voluntad, pero no sujeto a un régimen privilegiado respecto de otros tipos de relación entre particulares.²⁰⁴

Lllamar artificialmente “matrimonio” a una unión entre personas del mismo sexo, a sabiendas que le corresponde un tratamiento jurídico distinto del que se dispensa al verdadero matrimonio, no es correcto desde el punto de vista de la técnica jurídica²⁰⁵. Pero por otro lado, llamar matrimonio a dos realidades francamente distintas y pretender darles el mismo tratamiento jurídico no sólo es un error, sino también y sobre todo, es una grave injusticia.

²⁰⁴ Cfr. J. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución...*, cit., p. 94.

²⁰⁵ O acaso los defensores del “matrimonio igualitario” estarían dispuestos a aceptar que la Constitución proteja y promueva única y exclusivamente al matrimonio heterosexual, mas no así al homosexual por ser éste estructuralmente infecundo y no cumplir ninguna función trascendente en la sociedad?.

CONCLUSIONES

1. En el Perú, el matrimonio es una institución jurídica constitucionalmente garantizada por el artículo 4º de la Constitución de 1993, lo cual ha sido expresamente reconocido por el propio Tribunal Constitucional en su condición de supremo intérprete de la Constitución. Dicha calidad implica, por un lado, que la institución del matrimonio ha sido considerada por el constituyente como un elemento estructural para la vida de la comunidad y, por otro, que goza de una especial protección constitucional frente a la acción del legislador, que le impide a éste último trasgredir o suprimir los rasgos o elementos esenciales y básicos de la institución, a tal punto de hacerla irreconocible como tal.
2. Conforme a la doctrina de la garantía institucional, los rasgos o elementos básicos y esenciales del matrimonio deben ser detectados en la imagen que del mismo se tiene en la cultura jurídica del país. En consecuencia, teniendo en consideración la imagen del matrimonio en la cultura jurídica de raigambre occidental, así como la imagen en la cultura jurídica peruana detectada en los antecedentes legislativos, el pensamiento del constituyente, la normativa supranacional y la doctrina jurídica nacional –que en última instancia está representada por el Tribunal Constitucional– es posible afirmar que la monogamia, la heterosexualidad y la estabilidad, son rasgos básicos o esenciales de la institución matrimonial en el Perú.
3. Como consecuencia de lo anterior, el legislador ordinario no podrá, jurídicamente hablando y so pretexto de ejercicio de la reserva de ley, suprimir o alterar ninguno de los rasgos o elementos esenciales del matrimonio antes mencionados; pues de hacerlo, habrá incurrido en una regulación inconstitucional.

4. Precisando la conclusión precedente, una eventual reforma legislativa –o propuesta de reforma– destinada a modificar el artículo 234° del Código civil en el sentido de suprimir el requisito de la heterosexualidad, para permitir el “matrimonio” entre personas del mismo sexo, sería manifiestamente inconstitucional.
5. El reconocimiento constitucional del matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad, obliga a la comunidad y al Estado a prestar atención al matrimonio como una realidad natural pre-existente al derecho positivo; debiendo considerarla como un límite efectivo a la acción del legislador, a la de los demás poderes del Estado y a la de los particulares. Sin perjuicio de ello, se puede afirmar que la imagen preponderante de la institución matrimonial en la cultura jurídica del país, muestra gran coincidencia con la realidad natural del matrimonio, excepto en cuanto a la indisolubilidad del vínculo, lo cual amerita un estudio posterior.
6. Al ser la heterosexualidad uno de los rasgos básicos y esenciales de la institución del matrimonio en el Perú, la prohibición del “matrimonio” homosexual no constituye, en modo alguno, una vulneración del principio–derecho a la igualdad. Sólo se incurrirá en discriminación si es que se niega a un ciudadano homosexual, precisamente en atención a su condición de tal, su derecho a contraer matrimonio con una persona de distinto sexo.
7. Asimismo, la asunción de la heterosexualidad como parte del núcleo esencial de la institución matrimonial, impide entender que la falta de reconocimiento del “matrimonio” homosexual conlleva una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que lo que en tal caso reclamaría la vigencia de ese derecho sería tan sólo la prohibición de establecer restricciones arbitrarias o injustificadas a la libertad matrimonial.

BIBLIOGRAFIA

- **AGUILAR LLANOS, B.**, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima: Ediciones Legales, 2008.
- **ALBALADEJO, M.**, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Madrid: Edisofer, 2008.
- **ASUA GONZÁLEZ, C.**, *El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos ad intra y ad extra*. En: *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico* 2/2007.
- **BERNÁRDEZ CANTÓN, A.**, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid: Tecnos, 1998.
- **BIDART CAMPOS, G.**, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991.
- **BLANCO, M.**, *La ecología del matrimonio*. En: G. GARCÍA CANTERO *et alii*, *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Madrid: Thomson–Aranzadi, 2007.
- **BÖCKENFÖRDE, E-W.**, *¿Cómo se interpretan en el derecho constitucional alemán los derechos fundamentales?* En: F. FERNÁNDEZ SEGADO (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Madrid: Dykinson, 2008.
- **BUSTOS PUECHE, J.E.**, *¿Existen instituciones en la Constitución que limitan al legislador ordinario?*. En: *Revista de Derecho Privado* N° 9, 2006.
- **CANALES TORRES, C.**, *¿Matrimonio? ¿Uniones de hecho? ¿Uniones civiles?. La homoafectividad en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Gaceta Constitucional* N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010.
- **CASTILLO CÓRDOVA, L.**, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Lima: Grijley, 2008.
- **CASTILLO CÓRDOVA, L.**, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- **CHANAMÉ ORBE, R.**, *Comentarios a la Constitución*, Lima: Jurista Editores, 2009.
- **CHIRINOS SOTO, E.**, *La Constitución: lectura y comentario*, Lima: Editorial Rhodas, 2007.
- **COLIN, A. Y CAPITANT, J. H.**, *Derecho civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces*, México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
- **CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO**, *Debate Constitucional–1993. Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo I*, Lima: Diario de los Debates, Publicación Oficial, 1998.
- **CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO**, *Debate Constitucional Pleno–1993, Tomo I*, Lima: Diario de los Debates, Publicación Oficial, 1998.
- **CORNEJO CHÁVEZ, H.**, *Derecho familiar peruano. Tomo I*, Lima: Editorial universitaria, 1960.
- **CORNEJO CHÁVEZ, H.**, *Derecho familiar peruano. Tomo I*, Lima: Studium, 1985.
- **CRUZ VEGAS, R.**, *¿A quién le importa... si yo me caso?*. En: *Gaceta Constitucional* N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010.
- **D'AGOSTINO, F.**, *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Temis, 2007.
- **DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.**, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo*. En: C. ROGEL VIDE Y J. RAMS ALBESA (Dir.), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* N° 3. Tercera época, Madrid: Editorial Reus, 2005.

- **DE OTTO Y PARDO, I.,** *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución.* En: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER Y I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Editorial Civitas, 1988.
- **DÍEZ-PICAZO, L.,** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen primero. Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid: Civitas, 1996.
- **DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.,** *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid: Tecnos, 2006.
- **ELÓSEGUI ITXASO, M.,** *Antropología y matrimonio.* En: G. GARCÍA CANTERO *et alii*, *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Madrid: Thomson-Aranzadi, 2007.
- **ELÓSEGUI ITXASO, M.,** *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Madrid: Eiusa, 2002.
- **ESPINOZA ESPINOZA, J.,** *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2008.
- **ESPINOZA-SALDAÑA, E.,** *¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuándo ante una garantía institucional?*, En: Revista Jurídica del Perú N° 16, Lima: Editora Normas Legales S.A., 1998.
- **FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.,** *Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*, En: A. MORALES (Ed.), *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad*, Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- **FERRAJOLI, L.,** *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*, Lima: Palestra Editores, 2010.
- **FINNIS, J.,** *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- **FRONTERA, C. G.,** *El código civil francés.* En: J. H. ALTERINI *et alii*, *La Codificación: Raíces y prospectiva. Tomo I. El Código Napoleón*, Buenos Aires: Educa, 2003.
- **GALLEGOS CANALES, Y. Y JARA, R.,** *Manual de derecho de Familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*, Lima: Jurista Editores, 2008.
- **GARCÍA TOMA, V.,** *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo 1*, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 1998.
- **GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.,** *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona: Eunsas, 1995.
- **GORDILLO, A.,** *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- **GUZMÁN BRITO, A.,** *El tradicionalismo del código civil peruano de 1852*, En: Revista de estudios histórico-jurídicos N° 23, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- **HAKANSSON NIETO, C.,** *Curso de Derecho Constitucional*, Lima: Palestra Editores, 2009.
- **HERRERA, D.,** *La noción de derecho en Villey y Kalinowsky*, Buenos Aires: Educa, 2005.
- **HERVADA, J.,** *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, Pamplona: Eunsas, 1989.
- **HERVADA, J.,** *Introducción crítica al Derecho Natural*, Bogotá: Temis, 2006.
- **HERVADA, J.,** *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona: Eunsas, 2000.
- **HERVADA, J.,** *¿Qué es el derecho?. La moderna respuesta del realismo jurídico*, Bogotá: Temis, 2009.
- **HERVADA, J.,** *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona: Eunsas, 2000.
- **HESSE, K.,** *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid: Civitas, 2001.

- **JORDÁN VILLACAMPA, M. L.,** *El divorcio es España: La Ley 15/2005, de 8 de julio.* En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Granada: Comares, 2008.
- **KANT, I.,** *Principios Metafísicos del Derecho*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1873.
- **LACRUZ BERDEJO, J.L. et alii,** *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Madrid: Dykinson, 2010.
- **LANDA ARROYO, C.,** *Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia.* En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA et alii (Ed.), *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1992.
- **LANDA ARROYO, C.,** *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Palestra Editores, 2010.
- **LIMODIO, G. et alii,** *El Matrimonio. Un bien jurídico indisponible*, Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2010.
- **LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.,** *Condición y Matrimonio en el Derecho canónico*, León: Colegio Universitario de León, 1976.
- **LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.,** *El matrimonio homosexual.* En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Granada: Comares, 2008.
- **MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.) et alii.,** *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Madrid: Colex, 2º ed., 2008.
- **MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.,** *El matrimonio deconstruido.* En: G. GARCÍA CANTERO et alii, *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Madrid: Thomson-Aranzadi, 2007.
- **MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.,** *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal.* En: Revista Española de Derecho Canónico Vol. 64 Nº 163, 2007.
- **MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Y DE PABLO CONTRERAS, P.,** *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid: Rialp, 2007.
- **MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.,** *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- **MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. Y DE DOMINGO, T.,** *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Lima: Palestra Editores, 2010.
- **MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.,** *El concepto de matrimonio en el código civil*, Navarra: Thomson-Civitas, 2008.
- **MONTEJANO (h), B.,** *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005.
- **NAVARRO-VALLS, R.,** *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad.* En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Granada: Comares, 2008.
- **ORTÍZ CABALLERO, R.,** *La familia indiana (apuntes sobre una institución jurídica durante el proceso de cambio del Derecho peruano en el siglo XVI.* En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA et alii (Ed.), *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1992.
- **PAREJO ALFONSO, L.,** *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1981.
- **PEGORARO, L.,** *Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales.* En: F. FERNÁNDEZ SEGADO (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Madrid: Dykinson, 2008.

- **PERALTA ANDÍA, J.**, *Derecho de Familia en el código civil*, Lima: Idemsa, 2002.
- **PÉREZ MONGE, M.**, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002.
- **PIEPER, J.**, *La verdad de las cosas, concepto olvidado*. En: Revista Universitas N° 4, Stuttgart, 1970.
- **PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.**, *El principio de promoción del matrimonio y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse*. En: C. CALDERÓN PUERTAS *et al* (Coord.), *Observatorio de Derecho Civil. La Familia. Volumen II*, Lima: Motivensa, 2010.
- **PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.**, *Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. Comentario al Artículo 4° de la Constitución*. En: W. GUTIÉRREZ (Dir.), *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2006.
- **POLO SABAU, J.**, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de familia*, Navarra: Thomson-Civitas, 2006.
- **PORTELA, J. G.**, *La justicia y el derecho natural*, Arequipa: Universidad Católica San Pablo, 2006.
- **QUIROGA LEÓN, A.**, *Matrimonio y divorcio en el Perú: una aproximación histórica*. En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA *et alii* (Ed.), *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1992.
- **REY MARTÍNEZ, F.**, *Homosexualidad y Constitución*. En: Revista Española de Derecho Constitucional N° 73, 2005.
- **ROCA TRÍAS, E.**, *Familia y Constitución*, En: A. MORALES (Ed.), *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad*, Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- **RODRÍGUEZ CHACÓN, R.**, *La reforma matrimonial de 2005 en materia de separación y divorcio (La supresión de las causas de separación y divorcio operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)*. En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Granada: Comares, 2008.
- **RODRÍGUEZ ITURRI, R.**, *Familia, derecho e historia*. En: F. DE TRAZEGNIES GRANDA *et alii* (Ed.), *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1992.
- **ROGEL VIDE, C. Y ESPÍN ALBA, I.**, *Derecho de la familia*, Madrid: Reus, 2010.
- **RUBIO CORREA, M.**, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006.
- **RUBIO CORREA, M.**, *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo II*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999.
- **RUBIO CORREA, M.**, *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2008.
- **SEOANE PRADO, J.**, *Matrimonio, familia y constitución*. En: J. ALVENTOSA DEL RIO (Dir.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- **SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.**, *La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el derecho español*. En: J. ALVENTOSA DEL RIO (Dir.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- **SOSA SACIO, J.**, *Debate sobre matrimonio: entre la “naturaleza” de la institución y la abierta discriminación*. En: Gaceta Constitucional N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010.
- **SOUTO GALVÁN, E.**, *El derecho a contraer matrimonio homosexual*. En: J. A. SOUTO PAZ (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Granada: Comares, 2008.

- **TALAVERA FERNÁNDEZ, P.,** *El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción.* En: J. ALVENTOSA DEL RIO (Dir.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- **VARSI ROSPIGLIOSI, E.,** *Tratado de Derecho de Familia. Tomo II*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- **VARSI ROSPIGLIOSI, E. Y CHAVES, M.,** *Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú.* En: Gaceta Constitucional N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010.
- **VEGA MERE, Y.,** *Derecho de Familia. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales*, Lima: Motivensa, 2009.
- **VEGA MERE, Y.,** *Es posible sostener la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo?. Reflexiones sobre los eventuales argumentos a favor y en contra de un posible constitutional support.* En: Gaceta Constitucional N° 32, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010.
- **VILADRICH, P.-J.,** *La agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, Pamplona: Eunsa, 2010.

INDICE

INTRODUCCION	2
CAPÍTULO I	7
PLANTEAMIENTO	7
1. LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA.	7
2. EL “MATRIMONIO” HOMOSEXUAL COMO CASO PUNTUAL DE ANÁLISIS.....	12
3. UNA SENTENCIA DEL TC RELEVANTE PARA EL ANÁLISIS.	15
CAPÍTULO II.....	18
LA DOCTRINA DE LA GARANTIA INSTITUCIONAL.....	18
1. PUNTO DE PARTIDA: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.	18
2. LA DOCTRINA DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL COMO MECANISMO ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.	19
A. ORIGEN DE LA DOCTRINA EN ALEMANIA Y SU RECEPCIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE ESPAÑA Y PERÚ.	19
B. POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LOS ALCANCES DE LA CATEGORÍA “GARANTÍA INSTITUCIONAL” EN LA ACTUALIDAD.	25
C. HACIA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS INSTITUTOS JURÍDICOS CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDOS: TESIS RESTRICTIVA MODERADA.	28
CAPÍTULO III	32
LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO EN LA CONSTITUCION PERUANA DE 1993	32
1. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA: EL RECONOCIMIENTO DE UN INSTITUTO BÁSICO PARA LA VIDA DE LA COMUNIDAD.	32
2. LA “IMAGEN” DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO EN NUESTRA CULTURA JURÍDICA... ..	35
A. CULTURA JURÍDICA Y CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN.	35
B. LA “IMAGEN” DEL MATRIMONIO EN LA CULTURA JURÍDICA OCCIDENTAL.....	37

C. EL “NUEVO” MATRIMONIO CIVIL Y LA SUPRESIÓN DE LA ESTABILIDAD Y DE LA HETEROSEXUALIDAD EN ALGUNOS (POCOS) ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: ENTRE EL “EFECTO BLINDAJE” Y EL “EFECTO DOMINÓ”.	42
D. LA “IMAGEN” DEL MATRIMONIO EN LA CULTURA JURÍDICA PERUANA.	48
3. LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA REALIDAD SOCIAL A LA QUE SIRVE: LA APARENTE DISOCIACIÓN ENTRE LA IMAGEN PREPONDERANTE EN LA CULTURA JURÍDICA Y LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOCIEDAD.	65
<u>CAPÍTULO IV.....</u>	<u>71</u>
<u>EL MATRIMONIO COMO INSTITUTO NATURAL Y FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD (UNA REFERENCIA CLARA AL DERECHO NATURAL).....</u>	<u>71</u>
1. BREVE APROXIMACIÓN AL DERECHO NATURAL.	71
2. NATURALEZA HUMANA Y MATRIMONIO: RAZONES ANTROPOLÓGICAS (Y JURÍDICAS) DE LA HETEROSEXUALIDAD DEL MATRIMONIO.....	76
3. LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LOS SEXOS: EL CORRECTO SENTIDO DE LA DIFERENCIACIÓN SEXUAL ENTRE LOS CÓNYUGES.....	79
4. ENTRE LO “DADO” Y LO “CONSTRUIDO”: MODELOS DE RELACIÓN SEXO–GÉNERO.	83
5. LA UNIDAD Y LA INDISOLUBILIDAD COMO RASGOS ESENCIALES DE LA INSTITUCIÓN NATURAL DEL MATRIMONIO.....	86
6. EL DEBER CONSTITUCIONAL DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO. LAS FUNCIONES ESTRATÉGICAS DE LA FAMILIA Y EL SENTIDO DE UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL “REFORZADA”.	90
<u>CONCLUSIONES</u>	<u>97</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>99</u>
<u>INDICE</u>	<u>104</u>